

**Begrepet "betalingsevne" i dekningsloven § 5-5 som hjemler omstøtelse av betaling "med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne".**

Kandidatnummer: 515  
Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 15 685 ord

05.12.2008

# Innholdsfortegnelse

|                 |  |                 |
|-----------------|--|-----------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>   | <b><u>1</u></b> |
| <b>1.1</b>      | <b>Presentasjon av problemstillingen</b>                               | <b>1</b>        |
| <b>1.2</b>      | <b>Problemstillingens rettslige plassering</b>                         | <b>2</b>        |
| 1.2.1           | Generelt om omstøtelse   | 2               |
| 1.2.2           | Generelt om dekningslovens § 5-5                                       | 3               |
| <b>1.3</b>      | <b>Avgrensninger</b>   | <b>4</b>        |
| <b>1.4</b>      | <b>Videre fremstilling</b>   | <b>5</b>        |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>RETTSKILDENE</u></b>   | <b><u>6</u></b> |
| <b>2.1</b>      | <b>Relevansspørsmål</b>  | <b>6</b>        |
| <b>2.2</b>      | <b>Ordlyden</b>  | <b>6</b>        |
| <b>2.3</b>      | <b>Forarbeidene</b>  | <b>7</b>        |
| <b>2.4</b>      | <b>Juridisk litteratur</b>   | <b>8</b>        |
| 2.4.1           | Kristian Huser: Gjeldsforhandling & Konkurs, bind 3: Omstøtelse (1992) | 8               |
| 2.4.2           | Mads Henry Andenæs: Konkurs (1999)                                     | 10              |
| <b>2.5</b>      | <b>Rettspraksis mellom 1992 og 1999</b>                                | <b>11</b>       |
| <b>2.6</b>      | <b>Rt. 1999 s. 64, Teamcon-dommen</b>                                  | <b>12</b>       |
| <b>2.7</b>      | <b>Rettspraksis etter Teamcon-dommen</b>                               | <b>15</b>       |
| 2.7.1           | LH 1999-871  | 15              |
| 2.7.2           | LB 2001-2709   | 16              |
| 2.7.3           | LB 2004-13673  | 17              |
| 2.7.4           | LB 2005-118889   | 18              |
| 2.7.5           | LB 2006-163808   | 18              |

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| 2.7.6           | LG 2006-17565   | 19               |
| <b>2.8</b>      | <b>Rettstekniske hensyn</b>   | <b>19</b>        |
| <b>2.9</b>      | <b>Svensk og dansk rett</b>   | <b>20</b>        |
| 2.9.1           | Rettskildemessig vekt   | 20               |
| 2.9.2           | Svensk rett   | 20               |
| 2.9.3           | Dansk rett  | 21               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>OPPSUMMERING AV RETTSKILDEBILDET</u></b>                              | <b><u>23</u></b> |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>FORARBEIDENE SOM RETTSKILDE</u></b>                                   | <b><u>24</u></b> |
| <b>4.1</b>      | <b>Innledning</b>   | <b>24</b>        |
| <b>4.2</b>      | <b>Betydningen av å se hen til skyldnerens omsetning</b>                    | <b>25</b>        |
| <b>4.3</b>      | <b>Likviditetsbegrepet</b>  | <b>26</b>        |
| <b>4.4</b>      | <b>Hva vil en vurdering basert på likviditet faktisk innebære?</b>          | <b>29</b>        |
| <b>4.5</b>      | <b>Lagmannsrettenes bruk av "likviditet" som kriterium</b>                  | <b>30</b>        |
| <b>4.6</b>      | <b>Oppsummering</b>   | <b>31</b>        |
| <b><u>5</u></b> | <b><u>NÆRMERE OM TEAMCON-DOMMEN SOM RETTSKILDE</u></b>                      | <b><u>32</u></b> |
| <b>5.1</b>      | <b>Innledning</b>   | <b>32</b>        |
| <b>5.2</b>      | <b>Momenter som gjør den faktiske situasjonen i Teamcon-dommen spesiell</b> | <b>33</b>        |
| 5.2.1           | Teamcon drev en lite kapitalkrevende virksomhet                             | 33               |
| 5.2.2           | Tidsaspektet  | 34               |
| 5.2.3           | Betalingen skjedde som ledd i refinansiering                                | 34               |
| <b>5.3</b>      | <b>Oppsummering</b>   | <b>35</b>        |
| <b>5.4</b>      | <b>Det overordnede perspektivet for rettsanvendelsen</b>                    | <b>35</b>        |
| 5.4.1           | Høyesteretts utgangspunkt vs. Husers utgangspunkt                           | 35               |

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| 5.4.2           | To alternative perspektiver   | 37               |
| 5.4.3           | Ordlydsfortolkning  | 38               |
| 5.4.4           | Betydningen av å kunne ta også positive konsekvenser i betraktning        | 38               |
| 5.4.5           | Rettstekniske hensyn  | 41               |
| <b>5.5</b>      | <b>Tolkningen av § 5-5 og begrepet "betalingsevne"</b>                    | <b>42</b>        |
| <b>5.6</b>      | <b>Oppsummering</b>   | <b>45</b>        |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>NÆRMERE OM DEN RETTSKILDEMESSIGE DEKNING FOR HUSERS</u></b>         |                  |
|                 | <b><u>PROSENTTEORI</u></b>  | <b><u>46</u></b> |
| <b>6.1</b>      | <b>Noen kommentarer til det teoretiske rammeverket for prosentteorien</b> | <b>47</b>        |
| 6.1.1           | Sannsynligheten for at skyldneren var solvent på betalingstidspunktet     | 47               |
| 6.1.2           | Husers forståelse av begrepene "betalingsevne" og "likviditet".           | 48               |
| <b>6.2</b>      | <b>Prosentteorien som praktisk regel i "normalsituasjoner"</b>            | <b>49</b>        |
| <b>6.3</b>      | <b>Prinsipielle betenkeligheter ved å legge prosentteorien til grunn</b>  | <b>50</b>        |
| <b>6.4</b>      | <b>Rettstekniske hensyn taler for prosentteorien</b>                      | <b>52</b>        |
| <b>6.5</b>      | <b>Oppsummering</b>   | <b>52</b>        |
| <b><u>7</u></b> | <b><u>TILBAKE TIL START: ORDLYDEN SOM RETTSKILDE</u></b>                  | <b><u>53</u></b> |
| <b>7.1</b>      | <b>Ny fremgangsmåte i lagmannsrettspraksis?</b>                           | <b>53</b>        |
| <b><u>8</u></b> | <b><u>FORSØK PÅ Å SAMLE TRÅDENE. KONKLUSJON.</u></b>                      | <b><u>55</u></b> |
| <b>8.1</b>      | <b>Omsetning og vanlig likviditet</b>                                     | <b>56</b>        |
| <b>8.2</b>      | <b>Prosentteorien</b>   | <b>56</b>        |
| <b>8.3</b>      | <b>Konklusjon: gjeldende rett</b>   | <b>57</b>        |
| <b><u>9</u></b> | <b><u>KILDER</u></b>  | <b><u>59</u></b> |

|            |                     |           |
|------------|---------------------|-----------|
| <b>9.1</b> | <b>Lover</b>        | <b>59</b> |
| <b>9.2</b> | <b>Forarbejder</b>  | <b>59</b> |
| <b>9.3</b> | <b>Rettspraksis</b> | <b>59</b> |
| <b>9.4</b> | <b>Litteratur</b>   | <b>60</b> |
| <b>9.5</b> | <b>Andre kilder</b> | <b>61</b> |

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av problemstillingen

Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder:

*"§ 5-5. Ekstraordinær betaling.*

*Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær."*

Tema for denne avhandlingen er det tredje alternativet i den siterte bestemmelsen, nemlig betaling *"med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne"*. Nærmere bestemt skal det redegjøres for hvordan en skyldners *"betalingsevne"* skal fastlegges.

En rekke rettskilder berører denne problemstillingen, men rettskildebildet er uoversiktlig og til dels sprikende. Ved å foreta en grundig gjennomgang av alle relevante rettskilder søker jeg å fastslå hva som er gjeldende rett.

## 1.2 Problemstillingens rettslige plassering

### 1.2.1 Generelt om omstøtelse

Omstøtelse innebærer å omgjøre disposisjoner slik at rettstilstanden blir som om disposisjonen ikke var foretatt.<sup>1</sup> I konkursrettslig sammenheng finnes reglene om omstøtelse i dekningsloven<sup>2</sup> kapittel 5. Dette er bestemmelser som kan påberopes av et konkursbo for å sette til side enkelte typer disposisjoner som er foretatt av konkursdebitor i tiden før konkursen.

Formålet bak omstøtelsesreglene er å beskytte kreditorene mot uskjønnsomme prioriteringer fra debtors side for på den måten å sikre en best mulig dividendedekning og en rettferdig fordeling mellom kreditorene. Bakgrunnen for dette er at det kan være fristende å prioritere enkelte kreditorer foran andre i en situasjon der det er begrensede midler til rådighet. Reglene rammer derfor transaksjoner som etter sitt innhold er, eller presumeres å være, illojale overfor kreditorene.

De disposisjoner som rammes av omstøtelsesreglene faller i to kategorier. Den første gruppen er gaver og ensidig bebyrdende transaksjoner, såkalt boforringende disposisjoner. Disse disposisjonene rammes fordi en insolvent debitor i realiteten driver for kreditorenes regning.<sup>3</sup> Videre rammes betaling av eller sikkerhetsstillelse for gjeld foretatt på et tidspunkt da debtors var insolvent. Slike disposisjoner vil nemlig redusere de øvrige kreditors dekningsmuligheter i boet og innebærer dermed et brudd med prinsippet om likebehandling av de alminnelige kreditorene.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Gisle: Jusleksikon

<sup>2</sup> Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

<sup>3</sup> Johansen s. 237

<sup>4</sup> Johansen s. 237

En ytterligere todeling ligger i skillet mellom subjektive og objektive omstøtelsesreglene. Det som kjennetegner de subjektive omstøtelsesreglene er at de stiller forutsetter klandreverdigg opptreden fra kreditors side for at omstøtelse skal kunne finne sted. Disposisjoner som oppfyller vilkårene i de objektive omstøtelsesreglene kan derimot omstøtes uavhengig av både debtors og kreditors subjektive forhold. Dette er retts teknisk sett relativt enkle regler hvor det angis visse spesifikke typer disposisjoner som kan omstøtes dersom de er foretatt innenfor de gitte tidsfrister. Reglenes enkle karakter innebærer at bevis temaet ved påberopelse av reglene ikke er særlig omfattende. Dette skyldes at det foreligger en presumsjon for at slike disposisjoner er motivert av insolvensen og til skade forkreditor fellesskapet når de foretas like i forkant av konkursåpningen. Men selv om bevis temaet ikke er omfattende, kan det likevel være vanskelig å fastlegge innholdet i de momenter som er relevante for vurderingen. Det er dette som er bakgrunnen for problemstillingen som skal behandles her.

### 1.2.2 Generelt om dekningslovens § 5-5

Dekningsloven § 5-5 er en av flere objektive omstøtelsesregler som kan påberopes av et konkursbo for å få tilbakeført pengebeløp eller eiendeler som har blitt utbetalt i perioden før konkursåpningen. Bestemmelsen rammer ekstraordinær betaling av gjeld, og er en av de mest påberopte og anvendte omstøtelsesbestemmelsene.<sup>5</sup> Den viderefører langt på vei § 44 første ledd i konkursloven av 1863, men tredje alternativ, som altså er tema for denne avhandlingen, var en nyskapning i og med dekningsloven av 1984.<sup>6</sup>

Bestemmelsen innledes av ordene "Betaling av gjeld kan omstøtes (...)" I dette ligger det første sentrale kriterium, nemlig et krav om *primær deknings hensikt*. Det er ikke

---

<sup>5</sup> Barbo, Norsk Lovkommentar

<sup>6</sup> NOU 1972:20 s. 291



tilstrekkelig at betalingen rent faktisk har tjent til å dekke debtors gjeld, dette må også ha vært hensikten med betalingen.<sup>7</sup>

§ 5-5 skal ramme *ekstraordinære* betalinger. Det innebærer at en betaling ikke kan omstøtes dersom den må anses å være ordinær – den rammes da av "ordinærreservasjonen". I relasjon til tredje alternativ, betaling "med beløp som betydelig har forringet skyldners betalingssevne", utdyper forarbeidene at rutinemessig betaling av løpende utgifter i forbindelse med driften må anses ordinære<sup>8</sup>. I praksis er det dette vilkåret det oftest oppstår uenighet om.

Det fremgår av § 5-5 at det bare er betalinger som er foretatt innen tre måneder før konkursåpningen som kan omstøtes i medhold av reglene i bestemmelsen. Annet ledd inneholder imidlertid et unntak fra dette utgangspunktet idet betaling så langt tilbake som to år før konkursåpningen kan omstøtes dersom den har skjedd til debtors "nærstående". Dette forutsetter imidlertid at debitor ikke var utvilsomt solvent på betalingstidspunktet. Hvis betalingen har skjedd til debtors ektefelle, forlovede eller samboer kan omstøtelse ikke unngås ved å føre solvensbevis.

### 1.3 Avgrensninger

Dekningsloven gjelder både ved konkurs, forhandling om tvangsakkord og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo. Denne fremstillingen vil imidlertid kun konsentrere seg om konkurssituasjonen.

Den aktuelle regelen var som sagt en nyskapning i og med dekningsloven. Derfor er denne fremstillingen begrenset til rettskilder fra og med lovens forarbeider og fremover i tid. Huser har i sin bok fra 1992 sett hen til straffeloven § 284 som rammer enkelte av de

---

<sup>7</sup> Huser s. 223

<sup>8</sup> NOU 1972:20 s. 292

forhold som vil gå inn under dekningsloven § 5-5. Denne bestemmelsen vil ikke bli behandlet ettersom den er så forskjellig fra dekningsloven § 5-5 at den har svært begrenset relevans for tolkingen av sistnevnte. Rettskildematerialet om dekningsloven § 5-5 er dessuten langt mer rikholdig i dag enn da Huser skrev sin fremstilling.

Jeg vil heller ikke gå inn på en kasuistisk vurdering av hvilke konkrete poster som bør regnes med til betalingsevnen, men kun konsentrere meg om de overordnede prinsippene for fastsettelse av en skyldners betalingsevne.

#### 1.4 Videre fremstilling

Denne avhandlingen tar sikte på å analysere rettskildebildet omkring begrepet "betalingsevne" i dekningsloven § 5-5 for å ta stilling til hvilke konklusjoner det er forsvarlig å trekke om tolkingen. Fremstillingen vil i grove trekk følge vanlig rettskildelære: relevans, slutning, vekt og samordning.

I kapittel 2 redegjøres det for alle de relevante rettskildene. Denne delen vil i all hovedsak være deskriptiv, men vil også tjene som en innføring i problemstillingen. Kapittel 3 oppsummerer rettskildebildet og påpeker hvor uoverensstemmelsene mellom de ulike rettskildene ligger. I kapittel 4 til 7 tas det stilling til hvilke slutninger en kan trekke ut fra de enkelte kildene og hvilken vekt de bør tillegges. Denne delen vil langt på vei bli drøftende ettersom det ikke nødvendigvis er gitt hvilket bidrag de enkelte rettskildene gir eller hvor tungtveiende det bør være.

Forarbeidene, Teamcon-dommen, Husers prosentteori og bestemmelsens ordlyd drøftes i egne kapitler, mens lagmannsrettspraksis, svensk og dansk rett og retstekniske hensyn trekkes inn på ulike steder underveis i drøftelsene av de øvrige kildene. Fordi slutninger fra den enkelte rettskilde kan bidra til å belyse også de øvrige, vil en del momenter og drøftelser komme inn flere steder i avhandlingen. Jeg vil forsøke å unngå gjentakelser, og i stor grad vise til hvor poenget er behandlet eller vil bli tatt opp igjen. Dette er imidlertid en

faktor som kan bidra til å gjøre fremstillingen vanskeligere tilgjengelig, og det vil derfor bli redegjort fortløpende for den videre fremstillingen.

Kapittel 8 vil så forsøke å samordne de ulike rettskildene for å kunne si hva som er gjeldende rett.

## **2 Rettskildene**

### **2.1 Relevansspørsmål**

I utgangspunktet anses alle rettskilder som sier noe om fortolkningen av begrepet "betalingsevne" å være relevante. Hvilken vekt de enkelte kildene har i det samlede rettskildebildet er et spørsmål for seg og vil bli drøftet i de påfølgende kapitlene. Enkelte særlige relevansspørsmål nevnes også underveis i kapittel 2.

Det vil i det følgende bli redegjort for bestemmelsens ordlyd, forarbeider, juridisk teori, rettspraksis, retts tekniske hensyn samt svensk og dansk rett. Når det gjelder rettspraksis er imidlertid praksis fra tingrettene utelatt. Dette skyldes både at den rettskildemessige vekten er liten, og at tingrettspraksis ikke antas å tilføre noe nytt utover en relativt rikholdige lagmannsrettspraksis.

### **2.2 Ordlyden**

Når det oppstår tvil omkring innholdet av et juridisk begrep, er det ofte fordi det åpner for flere fortolkninger. Begrepet "betalingsevne" kan imidlertid vanskelig forstås som noe annet enn "evne til å betale" eller "evne til å gjøre opp krav etter hvert som de forfaller". Problemet med begrepet "betalingsevne" er imidlertid at det ikke er gitt hvordan en skal avgjøre hvilken evne en gitt skyldner faktisk har til å betale for seg.

Etter en utelukkende språklig tolkning er det naturlig å si at en skyldners betalingsevne utgjøres av de likvide midlene han har til rådighet. Det er disse som normalt anvendes til å gjøre opp krav i løpende drift. En slik forståelse støttes dessuten av at konkursloven § 61 taler om forbigående "betalingsudyktighet", et begrep det er nærliggende å anse som synonymt med manglende betalingsevne.<sup>9</sup> I kkl. § 61 er det åpenbart ut fra sammenhengen at "betalingsudyktighet" knytter seg til skyldnerens likviditet.

## 2.3 Forarbeidene

I NOU 1972: 20 gir lovgiver anvisning på hvordan det er tenkt at dekningsloven § 5-5 skal forstås. Det mest sentrale avsnittet for fortolkningen av begrepet "betalingsevne" finnes på side 291. Det lyder:

*"Det må m.a.o. foreligge en ekstraordinær betaling av et så betydelig beløp at debtors betalingsevne blir forringet. Spørsmålet om et beløp er så betydelig at debtors betalingsevne blir forringet, skal her avgjøres på objektivt grunnlag: beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet. Det kreves ikke at debitor er eller blir insolvent som følge av betalingen (...)"*

Også forarbeidene trekker altså frem likviditet som det sentrale vurderingstema, og presiserer at det er debtors "vanlige likviditet" som er avgjørende. Det er ikke innlysende hva som ligger i dette, men det er nærliggende å tenke seg at det er debtors *normale* likviditetsmessige situasjon som skal legges til grunn og ikke nødvendigvis bare de likvide midlene som er tilgjengelige på betalingstidspunktet. Det er en størrelse som vil kunne variere fra dag til dag, og det vil således være bero på tilfeldigheter hvor stor en betaling er i forhold til den tilgjengelige likviditeten på et gitt tidspunkt. Denne tolkningen støttes av at forarbeidene også nevner "omsetning" som et relevant moment. Dersom den

---

<sup>9</sup> Huser s. 306

likviditetsmessige situasjonen varierer fra dag til dag, vil det som regel skyldes at skyldnerens omsetning medfører en kontantstrøm inn så vel som en kontantstrøm ut.

## 2.4 Juridisk litteratur

### 2.4.1 Kristian Huser: Gjeldsforhandling & Konkurs, bind 3: Omstøtelse (1992)<sup>10</sup>

Huser er den norske forfatteren som i størst grad drøfter problematikken rundt begrepet "betalingsevne" i relasjon til dekningsloven § 5-5. I boken "Gjeldsforhandling & konkurs, bind 3: Omstøtelse" fra 1992 konkluderer han med at den beste løsningen er å jamnføre betalingens størrelse med verdien av skyldnerens beslagsfrie aktiva på betalingstidspunktet.<sup>11</sup> Dersom beløpet tilsvare 15-20 % av de frie aktiva mener Huser det er forsvarlig å si at den har forringet skyldnerens betalingsevne betydelig.<sup>12</sup> Denne fremgangsmåten vil i det følgende bli omtalt som "prosentteorien".

Husers prosentteori står tilsynelatende i strid med det som følger både av en språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd og av forarbeidene. Likevel har den langt på vei blitt akseptert og anvendt i praksis. Det er derfor nødvendig å gå relativt utførlig inn på den argumentasjon som leder frem til Husers konklusjon om at dette er den mest hensiktsmessige løsningen.

Huser starter med å påpeke at konkursloven § 61 samt dekningslovens forarbeider begge taler for at det er betalingens virkning på debitors likviditet som er avgjørende. Det kreves imidlertid bare at betalingsevnen betydelig forringet, ikke at debitor blir betalingsudyktig.

---

<sup>10</sup> Huser s. 304-313, 316-319

<sup>11</sup> Huser s. 312

<sup>12</sup> Huser s. 316

Videre påpeker Huser at det fremgår forutsetningsvis av bestemmelsen at omstøtelse kan skje også der debitor var utvilsomt solvent. Men, argumenterer han, dersom debitor fortsatt er likvid og suffisient etter å ha foretatt betalingen, blir det ”noe søkt” å si at betalingsevnen overhodet blir forringet. Han hevder i denne forbindelse at enhver som kan dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller har **full betalingsevne**, *”enten gjelden kan møtes én eller flere ganger”*.

Huser mener dessuten at hvis debitor fortsatt er utvilsomt solvent på betalingstidspunktet, kan det ikke med rimelighet hevdes å være noen årsakssammenheng mellom betalingen og debtors senere økonomiske problemer.

På denne bakgrunn konkluderer han med at en ikke kan basere seg på rene likviditetsanalyser når en skal avgjøre om skyldnerens ”betalingsevne” har blitt forringet.

Det en derimot kan si, er at betalingen har ført til at dekningen ved en senere konkurs eller tvangsakkord har blitt mindre enn den kunne vært. Huser mener derfor at det kunne være nærliggende å sammenholde betalingen med kreditorenes dekningsutsikter, altså at en skal vurdere betalingen ut fra hvor stor reduksjon den medfører i senere dividendeutbetalinger.

Det er imidlertid problemer også med denne betraktningssmåten. Det vil for det første bli vanskelig å operere med et klart kriterium ettersom det vil variere hvilke passiva som finnes i de ulike konkursbo. Et gitt beløp vil dermed medføre ulik dividendereduksjon avhengig av passivasituasjonen i boet. Løsningen kunne eventuelt vært å formulere et ”rundt” kriterium, eksempelvis at ”betalingen vesentlig griper inn i og forrykker det oppgjør som ellers ville ha blitt resultatet (...)”, men retts tekniske hensyn taler mot denne løsningen. Huser påpeker også et annet praktisk problem, nemlig at det ikke vil være avklart hvilken dekning som fins i boet før bobehandlingen er avsluttet. Omstøtelsesspørsmål oppstår normalt før dette tidspunkt.

Huser mener at en kan komme rundt disse innvendingene ved å jamnføre betalingen med boets aktiva i stedet for å forsøke å beregne en mulig dividendereduksjon. Hvorvidt en disposisjon er omstøtelig skal imidlertid alltid knyttes opp mot forholdene da disposisjonen skjedde. Huser mener derfor at *"alt tatt i betraktning synes de beste grunner å tale for at man ved vurderingen av om betalingen betydelig har forringet debtors betalingsevne, legger avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet."*

Under overskriften "Nærmere om beregningsmåten" tar Huser opp spørsmålet om hvorvidt aktivaenes verdi på betalingstidspunktet er det eneste relevante kriterium for fastsettelse av en skyldners betalingsevne. I denne forbindelse nevner han igjen at forarbeidene gir anvisning på at det er "omsetning og vanlig likviditet" som er det avgjørende, og at svensk og dansk rett åpner for at sammensetningen av debtors aktiver har betydning. Han går imidlertid ikke nærmere inn på problemstillingen, men viser til at den tidligere gjennomgangen av de ulike tolkingsalternativene konkluderte med at det var prosentteorien som burde anvendes, og at der var alle rettskilder og momenter vurdert. Han legger til at omsetningens størrelse neppe tilfører noe ytterligere i denne sammenheng siden den trolig vil avspeiles i varelagret etc. som en del av debtors aktiva.

#### 2.4.2 Mads Henry Andenæs: Konkurs (1999)

Også Andenæs nevner problemstillingen, men han er langt knappere i sin omtale. Han starter med å referere til det som er sagt i forarbeidene, og påpeker at det vil variere med situasjonen hvor veiledende det er å se beløpet i forhold til "omsetning og vanlig likviditet". Noen ganger kan dette være tilstrekkelig, mens andre ganger kan det være *"behov for å trekke inn en supplerende målestokk"*. Her nevner Andenæs muligheten for å holde beløpet opp mot skyldnerens fri aktiva slik Huser argumenterer for i sin fremstilling.

Andenæs har moderert sine uttalelser noe i forhold til i 1993-utgaven av samme bok. Her uttaler han at "omsetning og vanlig likviditet" ikke er noen klar målestokk, og at løsningen

trolig må bli at "forringelse av skyldnerens betalingsevne" presiseres til "reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder".<sup>13</sup>

## 2.5 Rettspraksis mellom 1992 og 1999

I tiden mellom Kristian Husers lansering av prosentteorien i 1992 og Teamcon-dommen i 1999, var begrepet "betalingsevne" ikke oppe til nærmere vurdering i Høyesterett. Det foreligger imidlertid en del lagmannsrettsdommer fra denne perioden.

I RG 1992/463 konkluderer lagmannsretten på bakgrunn av en gjennomgang av selskapets likviditet, omsetning og aktiva. I RG 1992/498 sammenholdes beløpet med selskapets samlede aktiva. Huser nevner disse dommene i sin fremstilling, men mener de ikke bidrar til å klargjøre kriteriet i særlig grad og at de derfor mangler rettskildemessig verdi. Når dommene likevel nevnes her er det fordi de illustrerer de to hovedtendensene i etterfølgende rettspraksis, nemlig enten å bygge på en helhetsvurdering av skyldnerens økonomi eller å sammenholde beløpet med skyldnerens frie aktiva. Og sammenlignet med den øvrige rettspraksisen i perioden, er faktisk domspremissene i disse to dommene relativt klare mht hva som vektlegges.

I de påfølgende dommene merkes påvirkningen fra Husers prosentteori, men domspremissene er jevnt over knappe og uklare. Bare i en dom er prosentandelen eksplisitt utregnet<sup>14</sup>, selv om det i flere dommer er klart at beløpet sammenholdes med samlede eller frie aktiva<sup>15</sup>. Det foreligger dessuten eksempler på dommer som synes å bygge på en helhetsvurdering eller likviditetsbetraktninger<sup>16</sup>. Spørsmålet er imidlertid ikke gjenstand for

---

<sup>13</sup> Andenæs (1993) s. 214

<sup>14</sup> LG-1996-67

<sup>15</sup> Eksempelvis LG-1994-1117 og LB-1995-2325

<sup>16</sup> RG-1994-614, LA-1994-885



noen inngående drøftelse verken i prosedyre eller domspremisser i noen av dommene. Det utkrystalliserer seg med andre ord verken klare tendenser eller retningslinjer i rettspraksis mellom 1992 og 1999.

## 2.6 Rt. 1999 s. 64, Teamcon-dommen

I mangel på avklarende rettspraksis i årene 1992 til 1999 var det mange som la Husers prosentteori til grunn som gjeldende rett. Det vakte derfor noe oppsikt da Høyesterett i Rt. 1999 s. 64 uttalte at avgjørelsen måtte baseres på en vurdering av skyldnerens likviditet. Det vil i det følgende bli redegjort for faktum og domspremisser i Teamcon dommen.

Teamcon AS ble stiftet i 1992 og overtok da den virksomhet med salg av ingeniørtjenester som Teamco AS (senere Janas) til da hadde drevet. Som vederlag skulle Teamcon betale 1.7 millioner i avdrag over 4 år.

Teamcon betalte bare deler av avdragene til Janas, slik at ved årsskiftet 1994/1995 sto 850 000 i forfalte avdrag ubetalt. Da overdragelsen fant sted og frem til betalingstidspunktet hadde Teamcon AS kassekreditt i Bergen Skillingsbank. På det meste var kredittgrensen kr 900 000, og kreditten var sikret med factoringpant.

I mars 1995 betalte Teamcon inn både de forfalte avdragene, resten av hovedstolen og forfalte renter – totalt nesten 1.9 millioner. Betalingen ble muliggjort av at Teamcon skiftet bankforbindelse til Møre Sparebank og i den forbindelse fikk et lån på kr. 1.7 mill for å refinansiere gjelden fra 1992. Selskapet fikk dessuten kassekreditt med en grense på kr. 500 000 som det også ble trukket på for å finansiere betalingen. Det før nevnte factoringpantet på kr. 1.5 mill samt selvskyldnerkaushjonen fra Janas tjente som sikkerhet for ethvert mellomværende mellom banken og Teamcon. Refinansieringen medførte rentebesparelser og generell forskyvning av avdrag for Teamcon.

---

Teamcon AS ble tatt under konkursbehandling i februar 1996. Boet mente at betalingen til Janas var omstøtelig etter dekningsloven § 5-5 fordi den hadde skjedd før normal betalingstid og med beløp som betydelig forringet skyldnerens betalingsevne. Tvisten ble brakt inn for forliksrådet som tok kravet om omstøtelse til følge. Janas ble imidlertid frifunnet i både herredsretten og lagmannsretten.

For Høyesterett gjaldt kravet bare omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ, nemlig ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Teamcon og Janas var å anse som ”nærstående” slik at fristen for omstøtelse var utvidet til 2 år, jf. § 5-5 annet ledd.

Høyesterett starter med å fastslå at beløpet som ble betalt isolert sett var betydelig, men uttaler samtidig at for å avgjøre om betalingen førte til en betydelig forringelse av Teamcons betalingsevne må en sammenligne den økonomiske situasjonen for selskapet før og etter betalingen. Det legges til grunn at rentebesparelsen og avdragsfriheten medførte ”betydelige fordeler” for Teamcon. Konkursboets påstand om at det ikke var trolig at Janas heller ville krevd avdrag avvises, og Høyesterett bygger på at overdragelsesavtalen fra 1992 var bindende.

Høyesterett går så over til å vurdere hvilken betydning det skal tillegges at refinansieringen medførte at det ble stilt sikkerhet for tidligere usikret gjeld. Det påpekes at det aktuelle alternativet i dekningsloven § 5-5 første ledd er om betalingen har skjedd med ”beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”.

Førstvoterende nevner innledningsvis at i juridisk teori er *”innholdet av bestemmelsen utlagt slik at det siktes til reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder.”* Videre påpeker hun at bestemmelsen er utformet annerledes enn den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9 der det blant annet er spørsmål om den aktuelle disposisjonen *”unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne (...). Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne – likviditet som er det sentrale.”* Førstvoterende avviser altså en

betraktningssmåte som legger avgjørende vekt på kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs. Hun utelukker imidlertid ikke at en sikkerhetsstillelse vil kunne påvirke en skyldners betalingsevne ettersom muligheten for å kunne stille sikkerhet i frie aktiva kan være avgjørende ved likviditetsbehov.

Høyesterett går så inn på den konkrete saken, og påpeker at Teamcon drev en virksomhet som *”etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende, at selskapet hadde god likviditet og betalte sine forpliktelser ettersom de forfalt helt frem til konkursen.”* Førstvoterende mener derfor at hun *”vanskelig kan se at den sikkerhet som ble stilt (...)har hatt særlig betydning for betalingsevnen til Teamcon.”* Og når dette så ses i sammenheng med de gunstige virkningene av refinansieringen som helhet, er det desto klarere at betalingen til Janas ikke har forringet Teamcons betalingsevne betydelig. Høyesterett konkluderer derfor med at omstøtelseskravet ikke kan føre fram.

Annenvoterende støtter førstvoterendes konklusjon, men deler ikke hennes forståelse av hva som ligger i begrepet ”betalingsevne”. Han mener at det sentrale i uttrykket må være hvorvidt kreditorenes dekningsmuligheter vesentlig forringes. Skyldnerens beslagbare formuesgoder blir følgelig det viktigste kjennetegn på hans betalingsevne.

De øvrige dommerne stilte seg bak førstvoterendes votum.

Høyesterett foretar altså her en sammenligning av den økonomiske situasjonen i Teamcon før og etter den aktuelle betalingen. I denne forbindelse vurderes både de negative konsekvensene, nemlig at det har blitt stilt sikkerhet for gjeld som før var usikret, og de positive, hovedsakelig rentebesparelser og betalingsutsettelse. I forbindelse med tolkingen av dekningsloven § 5-5 uttaler Høyesterett at det er *”skyldnerens betalingsevne – likviditet som er det sentrale”*. Fordi Teamcon betalte alle sine forpliktelser ved forfall helt fram til konkursen, og fordi refinansieringen hadde hatt positive virkninger så vel som negative, konkluderer Høyesterett med at betalingen ikke har forringet selskapets betalingsevne betydelig.

## 2.7 Rettspraksis etter Teamcon-dommen

I etterkant av Teamcon-dommen har det blitt avsagt en del lagmannsrettsdommer der innholdet i begrepet ”betalingsevne” har vært et tema. Sammenlignet med dommene avsagt før 1999 er spørsmålet om hvorvidt skyldnerens betalingsevne har blitt vesentlig forringet langt grundigere drøftet i disse dommene. Jeg vil her gjennomgå og kommentere domspremissene.

### 2.7.1 LH 1999-871

Lagmannsretten starter her med en gjennomgang av de sentrale rettskildene; forarbeider, teori og Teamcon-dommen. Det påpekes at partene ikke har beregnet hvilken prosentvis reduksjon av aktiva den omtvistede betalingen utgjør. Rundt tiden da betalingen fant sted ble selskapet innvilget en midlertidig forhøyelse av kassekreditten fordi det hadde utilstrekkelig likviditet. Likviditeten ble med dette vesentlig forbedret, men bare på kort sikt. Videre redegjøres det for selskapets økonomiske stilling; betydelig underbalanse og en generelt anstrengt økonomisk situasjon. Det nevnes også at betalingene fant sted bare dager før konkursåpningen. Lagmannsretten konkluderer ikke uttrykkelig med at betalingsevnen har blitt vesentlig forringet, men ut fra sammenhengen i dommen kan det synes som om det ble resultatet av gjennomgangen. Betalingene ble likevel ikke omstøttet de fremsto som ordinære.

Selv om domspremissene ikke er helt tydelige på verken konklusjonen eller hvilke forhold som vektlegges, er det klart at lagmannsretten her ser hen til flere ulike forhold. Ut fra tall oppgitt i boets prosedyre, kan det se ut som betalingene reduserte frie aktiva med mellom 15- 20 % - uten at det fremgår av verken domspremissene eller partenes anførsler.

Resultatet er således vel i overensstemmelse med Husers prosentteori, uten at det alene ser ut til å ha vært avgjørende for resultatet. Kreditor anførte i sin prosedyre at selskapet hadde

betydelige beløp til rådighet og betydelig omsetning da betalingen fant sted, hvilket han ikke ble hørt med. Lagmannsretten har imidlertid tatt selskapets likviditet i betraktning, i det det kommenteres at den vesentlige forbedringen i likviditetssituasjonen som fulgte av at kassekreditten ble forhøyet, bare var kortsiktig.

### 2.7.2 LB 2001-2709

Byretten hadde i denne saken kommet til at omstøtelse ikke kunne finne sted ettersom betalingen bare utgjorde 13,5 % av skyldnerens frie aktiva. Lagmannsretten kom imidlertid til motsatt resultat etter en helhetsvurdering. Retten uttaler at det må foretas en sammenligning av den økonomiske situasjonen for selskapet før og etter betalingen der skyldnerens likviditet er sentral. Det påpekes at ut fra en likviditetsbetraktning ble betalingsevnen betydelig forringet ettersom selskapet i realiteten ble betalingsudyktig etter utbetalingen. Videre uttaler lagmannsretten at det i en samlet vurdering kan være av betydning hvilken andel betalingen utgjorde av selskapets beslagbare aktiva og hvor mye som sto igjen til fordeling blant de øvrige kreditorene. Retten mener at beløpet var betydelig sammenholdt med selskapets frie aktiva, og at betalingen var egnet til å forfordle de øvrige kreditorene. Etter en samlet vurdering konkluderer lagmannsretten med at betalingen ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”.

I denne dommen gir lagmannsretten altså eksplisitt uttrykk for at den legger til grunn en samlet vurdering av flere faktorer, og at skyldnerens likviditet er et sentralt moment. Den er også et eksempel på at resultatet kan falle forskjellig ut ettersom hvilket kriterium en legger avgjørende vekt på. Hvis en kun skulle lagt prosentteorien til grunn, ville resultatet antakelig blitt det motsatte. Dommen viser også at en vektlegging av skyldnerens likviditet ikke nødvendigvis faller ut til hans fordel som det gjorde i Teamcon dommen.

### 2.7.3 LB 2004-13673

I denne dommen kommer lagmannsretten til at den aktuelle betalingen utgjorde rundt 25 % av selskapets betalingsevne, og at det utvilsomt er tilstrekkelig til å konstituere en ”vesentlig forringelse”. Men før det konkluderes, går retten relativt nøye gjennom hvilke midler som utgjør skyldnerens ”betalingsevne”. Her inkluderes naturlig nok omsetningsmidler, men kundefordringer tas med bare i den utstrekning det anses for å være en realistisk mulighet for å inndrive dem. Når det gjelder driftsmidler uttaler lagmannsretten at den er i tvil, ettersom dette er verdier som ikke er likvide og som vanligvis vil være vanskelig å omsette. Et salg vil dessuten fjerne grunnlaget for videre drift. Retten regner likevel med driftsmidlene, men uttaler at beløpet er så lite at det uansett ikke har noen innvirkning på det endelige resultatet.

Det som først og fremst er verd å merke seg her, er at lagmannsretten ikke foretar noen selvstendig vurdering av skyldnerens likviditet. Avgjørelsen er imidlertid heller ikke basert på prosentteorien slik Huser har formulert den, nemlig å sammenholde beløpet med skyldnerens frie aktiva. I stede har lagmannsretten utviklet en ”ny” fremgangsmåte; skyldnerens ulike aktiva gjennomgås og det tas stilling til i hvilken grad de ulike postene bidrar til skyldnerens ”betalingsevne”. Fordringer vil normalt inngå i skyldnerens frie aktiva dersom de ikke er beheftet med factoringpant. Lagmannsretten beskjærer imidlertid posten for ”fordringer” ganske kraftig idet den antar at bare en liten del av fordringene faktisk vil være mulig å inndrive. Driftsmidler tas med under tvil, men beløpet er så lite at det ikke ville hatt avgjørende betydning for resultatet likevel. Lagmannsretten tar med andre ord utgangspunkt verken i skyldnerens likviditet eller hans frie aktiva, men i selve begrepet betalingsevne.

#### 2.7.4 LB 2005-118889

Lagmannsretten innleder med å påpeke at begrepet ”betalingsevne” ikke er entydig, og at en nærmere avklaring må forankres i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Videre gjennomgås de relevante rettskildene, forarbeider, teori og Teamcon dommen, relativt grundig. Retten konkluderer med at det ikke ut fra dette kan foretas noen klar avgrensning av begrepet, men at det er uten betydning for den foreliggende sak ettersom resultatet vil bli det samme uansett om en legger til grunn bare likvide midler eller alle beslagbare formuesgoder. Ved den konkrete vurderingen tar lagmannsretten først utgangspunkt i en sammenligning av selskapets økonomiske situasjon før og etter betalingen. Det påpekes at selskapet var uten inntjening, at de gjenværende formuesgoder var under arrest og uansett utgjorde relativt beskjedne verdier. Lagmannsretten er imidlertid usikker på hvilke midler som inngår i skyldnerens betalingsevne. Avhengig av hvilke beløp som tas med, varierer prosentandelen mellom 16,7 og 100 %. Lagmannsretten konkluderer med at betalingen uansett står i et slikt forhold til selskapets betalingsevne at det rammes av dekningsloven § 5-5, og tar derfor ikke stilling til hvilke poster som skal medregnes.

Selv om domspremissene ikke er like tydelige som i LB 2004-13673, kan en også i denne dommen se at lagmannsretten regner ut hvilken prosentandel betalingen utgjorde av skyldnerens ”betalingsevne”. Problemstillingen blir derfor hva som skal og ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, og det tas ikke for gitt at ”betalingsevnen” kan likestilles med skyldnerens frie aktiva. For øvrig bidrar ikke dommen til å klargjøre hva som eventuelt inngår og ikke inngår i ”betalingsevnen” siden resultatet anses å være utvilsomt.

#### 2.7.5 LB 2006-163808

Lagmannsretten innleder drøftelsen med å påpeke at det er vanskelig å fastslå hvordan skyldnerens økonomiske situasjon var på betalingstidspunktet. Videre nevner retten at det er den reelle betalingsevne som skal fastlegges, og at det derfor ikke kan tas hensyn til

fordringer som det ikke kan oppnås dekning for. Boets inndrivelse av fordringsmassen har vist at den reelle verdien var langt lavere enn den nominelle. Retten finner ikke grunnlag for å anta at verdien av fordringene var høyere på betalingstidspunktet enn det bostyrer har klart å inndrive, og mener derfor det er forsvarlig å anta at skyldnerens betalingsevne på betalingstidspunktet tilsvarer de aktiva som er tilgjengelig i boet. Konklusjonen blir derfor at betalingen var betydelig i forhold til betalingsevnen.

Også her anvender lagmannsretten begrepet ”betalingsevne” i stedet for ”frie aktiva” og foretar en nedjustering av verdien av skyldnerens fordringer.

#### 2.7.6 LG 2006-17565

Her legger lagmannsretten ”boets samlede aktiva” til grunn og anvender prosentteorien uten å drøfte dette ytterligere. Problemstillingen er imidlertid heller ikke problematisert av partene i prosedyren.

Dommen tilfører ikke noe nytt i forhold til det som er sagt over, men det kan likevel være verd å merke seg at retten her anvender Husers prosentteori i umodifisert form. Ut fra sakens faktum er det imidlertid tvilsomt om en annen beregningsmåte hadde vært aktuell. Dette var heller ikke et sentralt spørsmål i dommen.

### 2.8 Rettstekniske hensyn

Det å ha rettsteknisk enkle regler er alltid et gode, men må av og til veies opp mot hensynet til rimelige løsninger. På pant- og dekningsrettens område er det imidlertid en tradisjon for å la rettstekniske hensyn veie tungt, ettersom det her er tale om utpreget tekniske regler med stor praktisk anvendelse. Til dette kommer at regelanvendelsen i første omgang skjer utenfor domstolene, idet bostyrer tar stilling til om det skal fremmes omstøtelseskrav. Ofte har bostyrer en hel rekke disposisjoner å forholde seg til, og har ikke anledning til å bruke



mye tid på å vurdere den enkelte disposisjon. Bostyrer har derfor behov for relativt klare retningslinjer mht hvilke betalinger som er omstøtelige. Uklarhet kan også medføre at mange krav må avgjøres av domstolene, hvilket heller ikke er ønskelig.

## 2.9 Svensk og dansk rett

### 2.9.1 Rettskildemessig vekt

Dekningsloven § 5-5 ble til som følge av et nordisk lovsamarbeid. Derfor har konkurslovene i Sverige og Danmark regler som innholdsmessig tilsvarer § 5-5. Ordlyden er imidlertid noe forskjellig i de tre bestemmelsene, og den har også blitt praktisert noe forskjellig i de tre nordiske landene. Rettspraksis og teori om de svenske og danske versjonene av regelen vil derfor ha begrenset rettskildemessig vekt ved tolkingen av den norske bestemmelsen.

Men i en situasjon som den foreliggende, hvor det er uavklart hvordan den norske bestemmelsen skal forstås, kan det imidlertid gi verdifulle innspill å se hen til hvordan Sverige og Danmark praktiserer sine bestemmelser og hvilke hensyn som ligger bak deres fortolkninger.

### 2.9.2 Svensk rett

Den svenske konkurslagen § 10 har en regel som tilsvarer dekningslven §5 -5.

Her fastslås det at betaling *”med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning”* kan omstøtes.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Konkurslag (1987:672)

Den svenske bestemmelsen har altså en noe annen ordlyd enn den norske. Her er det ikke skyldnerens ”betalingsevne” som må være forringet, men hans ”ekonomiska stelling”. Den svenske bestemmelsen antas dessuten å være gitt et videre anvendelsesområde enn både den danske og den norske.<sup>18</sup>

I svensk rettspraksis er den klare tendensen å sammenholde det utbetalte beløpet med skyldnerens aktiva (”tilganger”). Det er her Huser har hentet inspirasjon og støtte til sin prosentteori.<sup>19</sup> I svensk teori er det imidlertid flere som har tatt til orde for at en ikke må se på den totale sum av ubeheftede aktiva, men kun på skyldnerens omløpssmidler (”omsättningstillgånger”). Dette begrunnes at det er disse midlene som kan anvendes for å betale, slik at en tapping av disse vil ha direkte innvirkning på skyldnerens mulighet til å gjøre opp for seg.<sup>20</sup>

### 2.9.3 Dansk rett

Etter dansk rett kan betaling omstøtes dersom den er foretatt ”*med beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne*”.<sup>21</sup>

Også den danske bestemmelsen har altså en noe annen ordlyd idet det kreves at betalingen ”avgjørende” har forringet skyldnerens betalingsevne. Dette var ment som en skjerpelse av kravet i forhold til de svenske og norske bestemmelsene slik at kretsen av betalinger som rammes er snevrere etter dansk rett.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Huser s. 302

<sup>19</sup> Huser s. 311-312

<sup>20</sup> Eks. Walin/Palmèr: Konkurslagen s. 271

<sup>21</sup> Konkursloven , nr. 588 af 1. september 1986

<sup>22</sup> Huser s. 303

I dansk Karnov påpekes at hvis skyldnerens aktiva er bundet i tungt realiserbare verdier, vil en betaling ha forholdsvis større innvirkning på hans betalingsevne. Av den grunn kan en ikke bare sammenholde beløpet med skyldnerens aktiva, men også se hen til likviditeten.<sup>23</sup> Prosentteorien nevnes altså som et mulig kriterium, men det fremholdes at den ikke kan være enerådende.

En gjennomgang av dansk Højsterets dommer om denne bestemmelsen gir et brokete bilde. I mange tilfeller slås det kun fast at betalingsevnen har blitt avgjørende forringet uten at spørsmålet har vært gjenstand for noen nærmere drøftelse. Ofte er heller ikke spørsmålet bestridt av kreditor. I flertallet av dommene er drøftelsen konsentrert rundt spørsmålet om hvorvidt betalingen fremsto som ordinær.

Blant de dommene der spørsmålet er oppe til nærmere vurdering, er det variasjon med hensyn til hva Højsteret vektlegger. Det vises ofte til skyldnerens samlede aktiva<sup>24</sup> skjønt det finnes ingen eksempler på at Højsteret faktisk regner ut hvilken prosentandel betalingen utgjør og bruker det som rettesnor. En rekke av dommene avgjøres på grunnlag av vurderinger av skyldnerens likviditet.<sup>25</sup> Ofte nevnes både samlede aktiva og den likviditetsmessige situasjonen som relevante faktum.<sup>26</sup>

At betalingen har skjedd som ledd i en ordning som totalt sett har vært til gagn for kreditorfellesskapet har også vært anført som begrunnelse for at betalingsevnen ikke er avgjørende forringet.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> thomson.dk, Kommentarer til konkursloven

<sup>24</sup> U2001.1329H, U1993.981H

<sup>25</sup> U2005.154H, U1987.134H, U1996.371H

<sup>26</sup> U2003.1955/2Ø, U1990.368H Prosentandel på ca 12 % (min hoderegning), men uttømte også alle likvide midler. Omstøtelse.

<sup>27</sup> U1992.852H og U2007.761H

Det er mitt inntrykk at dansk Høyesteret tar alle fremlagte opplysninger i betraktning og foretar en helhetsvurdering av hvordan betalingen har virket inn på skyldnerens økonomiske situasjon.

### **3 Oppsummering av rettskildebildet**

Som flere av de senere langmannsrettsdommene har poengtert, er det pr i dag ikke avklart hva som ligger i begrepet "betalingsevne". Til det kommer at rettskildebildet er uoversiktlig og sprikende.

På den ene siden peker bestemmelsens ordlyd og forarbeider mot at avgjørende er skyldnerens likviditetsmessige situasjon, gjerne sett over en viss tidsperiode. Dette støttes dessuten av førstvoterendes uttalelser i Teamcon-dommen og av enkelte dommer fra lagmannsrettspraksis. Det er imidlertid ikke entydig hva som ligger i dette og hvilke midler som vil være relevante å ta med i beregningen etter en slik synsmåte.

På den andre siden argumenterer Huser for at en bør sammenholde beløpet med skyldnerens frie aktiva. Dette synet har langt på vei blitt fulgt opp i rettspraksis til tross for at det tilsynelatende står i strid med det som sies i forarbeidene. Rettstekniske hensyn taler dessuten for å ha klare retningslinjer for hvilke betalinger som rammes av bestemmelsen, og per i dag er det kun Husers prosentteori som gir et klart avgrenset kriterium å forholde seg til.

Etter Teamcon-dommen er det klart at Husers prosentteori ikke kan anses som enerådende for å avgjøre hvorvidt en skyldners betalingsevne er svekket. Heller ikke rettspraksis før Teamcon viste noen entydig oppslutning rundt prosentteorien, selv om enkelte av dommene bar preg av denne fremgangsmåten. Det er likevel ikke dermed sagt at

prosentteorien ikke lenger har betydning, hvilket blant annet etterfølgende rettspraksis viser.

Det vil i det følgende redegjøres for de forhold som styrker og svekker de enkelte rettskildenes vekt i forhold til hverandre og hvordan de kan/bør tolkes/avpasses for å fastslå hva som er gjeldende rett.

## **4 Forarbeidene som rettskilde**

### **4.1 Innledning**

I NOU 1972:20 fremholder lovgiver at en ved vurderingen av en skyldners betalingsevne må se hen til ”omsetning og vanlig likviditet”.

Som nevnt i punkt 2.4.1 argumenterer Huser for at dette ikke gir noen reell veiledning, endog at det nærmest er villedende.<sup>28</sup> Han mener som kjent at en heller bør jevnføre det aktuelle beløpet med verdien av skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet. I Teamcon-dommen valgte imidlertid i Høyesterett å legge avgjørende vekt på likviditet og omsetning. Dette var tilsynelatende vel i overensstemmelse med forarbeidenes anvisning, og tilsvarende uforenelig med Husers synspunkter.

Forarbeidene er derfor et naturlig startpunkt for en nærmere gjennomgang av rettsstilstanden omkring begrepet "betalingsevne". For det første må det klargjøres hva som faktisk ligger i forarbeidenes formulering "omsetning og vanlig likviditet". I denne forbindelse må en også vurdere de argumentene Huser anfører mot at dette kriteriet kan være avgjørende. Til slutt må en se hen til de praktiske realitetene ved å legge et slikt kriterium til grunn før det kan

---

<sup>28</sup> JV h.4 (1999) s. 212

tas stilling til i hvilken grad forarbeidene bidrar til å avklare rettstilstanden. I det følgende vil jeg først dele opp drøftelsen i tråd med de to komponentene forarbeidene nevner som relevante; "omsetning" og "vanlig likviditet". Avslutningsvis vil jeg drøfte hva en vurdering basert på disse kriteriene faktisk innebærer og oppsummere hvilke rettskildemessige poenger som er verd å ta med seg videre.

## 4.2 Betydningen av å se hen til skyldnerens omsetning

At en må se hen til skyldnerens "omsetning" må forstås som en anvisning på å ta hensyn til eventuelle innkommende og utgående kontantstrømmer skapt av den virksomhet skyldneren driver.

Tendensen har imidlertid vært at når domstolene har vist til forarbeidene som ledd i tolkningen av dekningsloven § 5-5, har hovedvekten blitt lagt på begrepet "likviditet". "Omsetning" har således kommet litt i skyggen som vurderingstema. Det har sin naturlige forklaring i at i "det typiske konkurstilfelle" vil omsetningen ha blitt betydelig redusert i tidsrommet før konkursåpningen. I en slik situasjon vil innkommende kontantstrøm i stor grad avspeiles i skyldnerens fordringsmasse, og dermed inngå blant de frie aktiva med mindre fordringene er beheftet med factoringpant. Det vil med andre ord tilhøre sjeldenhetene at en konkursdebitors omsetning har bidratt til hans betalingsevne utover det som fremgår av et stillbilde av de foreliggende verdier på betalingstidspunktet.

Direkte utenkelig er det imidlertid ikke, hvilket jo Teamcon-dommen er et eksempel på. Her var situasjonen at Teamcon var i full drift på betalingstidspunktet, og i lang tid etter. Følgelig var det en stadig innkommende kontantstrøm i bedriften som bidro relativt betydelig til betalingsevnen. På samme måte vil det være i andre tilfeller der skyldneren fortsatt er i drift på betalingstidspunktet. Jeg vil imidlertid komme tilbake til det utypiske ved situasjonen i Teamcon-dommen under punkt 5.

Huser viser kort til at forarbeidene nevner "omsetning" som et relevant moment ved vurderingen av en skyldners betalingsevne. Han kan imidlertid ikke se at dette momentet tilfører noe ytterligere i denne sammenheng ettersom omsetningens størrelse trolig vil avspeiles i varelageret etc som en del av skyldnerens aktiva.<sup>29</sup> Det Huser ikke her tar høyde for, er for det første alle de bedriftene som ikke selger varer, men tjenester. Her vil ikke denne argumentasjonen slå til, og det vil kunne ha selvstendig verdi å se på bedriftens omsetning.

Dessuten vil gjerne varelager og fordringer være pantsatt. Følgelig vil det ikke inngå blant skyldnerens frie aktiva og dermed ikke ha betydning for betalingsevnen etter prosentteoriens ordning. Dersom bedriften fortsatt driver normalt, vil imidlertid salg fra varelagret bidra til en innkommende kontantstrøm. Det vil igjen bidra til skyldnerens betalingsevne selv om det pantsatte varelagret ikke gjør det.

Det må dessuten nevnes at begrepet "likviditet" i seg selv åpner for en vurdering som tidsmessig strekker seg utover selve betalingstidspunktet. Omsetning kan med andre ord også inngå som komponent i en likviditetsvurdering.

#### 4.3 Likviditetsbegrepet

Når forarbeidene viser til at en skyldners betalingsevne må avgjøres på bakgrunn av hans "vanlige likviditet", er dette på mange måter et sirkelresonnement. "Betalingsevne" brukes nemlig ofte som synonym for "likviditet" – og vice versa. Det er imidlertid ikke gitt at begrepene er fullstendig overlappende. Det at de i alle fall langt på vei har samme betydning, gjør imidlertid at det er desto viktigere å avklare hva som ligger i begrepet "likviditet" slik det er brukt i forarbeidene.

---

<sup>29</sup> Huser s. 318

Det er i punkt 2.4.1 redegjort for årsaken til at Huser mener en ikke kan basere vurderingen av en skyldners betalingsevne på "omsetning og vanlig likviditet" slik forarbeidene gir anvisning på. Kort oppsummert hevder han at det ikke er naturlig å si at en betaling har forringet skyldnerens betalingsevne dersom skyldneren etter betalingen fortsatt er likvid og suffisient. Det fremgår imidlertid uttrykkelig av forarbeidene at insolvens ikke er et kriterium for å kunne omstøte etter denne regelen. Huser uttaler i denne forbindelse at *"Den som kan betale sin gjeld fullt ut etter hvert som den forfaller, har **full betalingsevne** hva enten gjelden kan møtes én eller flere ganger."*<sup>30</sup> (min utheving)

For meg fremstår det som nærliggende å anta at Huser baserer sine argumenter på en noe annen forståelse av begrepene "betalingsevne" og "likviditet" enn det lovgiver har lagt til grunn. Det kan i så fall forklare at lovgiver har gitt anvisning på et vurderingstema som for Huser fremstår som ulogisk.

Det ble innledningsvis i punkt 2.1 påpekt at den naturlige språklige forståelsen av begrepet "betalingsevne" ikke ga rom for særlig varierte tolkninger. Det som likevel kan gi opphav til noe ulike fortolkninger, er i hvilken grad en anser "betalingsevnen" å være knyttet til den gjeld som rent faktisk foreligger i det enkelte tilfelle.

Huser definerer likviditet som *"evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller."*<sup>31</sup> Denne definisjonen har sitt opphav i insolvensdefinisjonen i konkursloven § 61. Illikviditet defineres her som manglende evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hver som de forfaller. Betalingsudyktigheten må dessuten ikke være forbigående. Motsatt er en altså likvid dersom en er i stand til fortløpende å gjøre opp krav. Sett i dette perspektivet blir altså likviditet, og dermed også betalingsevne, noe en enten har eller ikke har. Det er da naturlig å trekke den slutning at betalingsevnen ikke med rimelighet kan sies å være forringet dersom skyldneren fortsatt er likvid også etter at betalingen er foretatt.

---

<sup>30</sup> Huser s. 307

<sup>31</sup> Huser s. 306



I økonomisk sammenheng opererer en imidlertid med en definisjon av begrepet "likviditet" som er mer løsrevet fra vurderingen av om en skyldner er likvid. "Likviditet" anses å være synonymt med "betalingssevne" eller "evne til å kjøpe", og begrepet brukes for å beskrive hvilken kjøpekraft et gitt subjekt har. Følgelig blir "likviditet" ikke noe en enten har eller ikke har, men noe en kan ha i varierende grad.

Innenfor økonomi og regnskap opererer en med tre ulike likviditetsgrader.

Likviditetsgradene er knyttet opp mot evnen til å dekke forpliktelser etter hvert som de forfaller i den forstand at de er et uttrykk for forholdet mellom likvide midler og kortsiktig gjeld. Det som skiller kategoriene fra hverandre er hvilke poster som medregnes blant de likvide midlene. I likviditetsgrad 1 tas alle omløpsmidlene med, og forholdet mellom likvide midler og kortsiktig gjeld bør være 1,5 – 2. Omløpsmidlene bør med andre ord være 50 % - 100 % større enn den kortsiktige gjelden. I likviditetsgrad 2 er varelageret, som regnes som det minst likvide av omløpsmidlene, trukket fra, og forholdet mellom likvide midler og gjeld bør være 1. I likviditetsgrad 3 er det bare de mest likvide aktivaene som tas med i beregningen og likviditetsgraden bør være 0,33 %. <sup>32</sup>

Dersom en legger en slik synsmåte til grunn, vil det gi mening å tale om forringelse av en skyldners betalingssevne også der skyldneren fortsatt var likvid etter betalingen.

Eksempelvis vil en reduksjon i likviditetsgrad 1 fra 250 % til 150 % utgjøre en relativt kraftig forringelse av betalingssevnen/likviditeten, selv om skyldneren fortsatt er likvid etter betalingen. Det som reduseres er ikke evnen til å gjøre opp den allerede foreliggende gjeld, men evnen til å dekke eventuelle nye forpliktelser. Og som det vil bli redegjort for under punkt 6.1.1, er det nettopp hovedsakelig i situasjoner der insolvensen skyldes at det oppstår uventede forpliktelser at det vil være aktuelt å omstøte en disposisjon som ble foretatt mens skyldneren fortsatt var likvid.

---

<sup>32</sup> <https://www.lindorffd.com/faq/nokkeltall.html>

#### 4.4 Hva vil en vurdering basert på likviditet faktisk innebære?

Som drøftelsen til nå i kapittel 4 har vist, er en ikke av *logiske* årsaker avskåret fra å bygge vurderingen av skyldnerens betalingsevne på likviditetsbetraktninger. Det neste spørsmålet som da melder seg er hvordan dette kan konkretiseres til en praktisk anvendelig regel. Herunder må det vurderes hvilke midler som eventuelt skal regnes med til skyldnerens "betalingsevne" etter en slik synsmåte og om det vil lede til en hensiktsmessig regel. For å oppnå en viss realitetsorientering kan i denne forbindelse være interessant å se hen til hvordan likviditet har spilt inn som moment i nyere lagmannsrettspraksis.

Forarbeidenes formulering "vanlig likviditet" tyder på at det bare er de mest likvide midlene, som skal medregnes – med andre ord de midlene som vanligvis benyttes til ordinære betalinger.

Om en skulle legge en slik forståelse til grunn, ville det sannsynligvis oppstå en rekke avgrensningsspørsmål med hensyn til hvilke midler som er tilstrekkelig likvide til å regnes med. I svensk og dansk rett<sup>33</sup> har det vært diskutert hvorvidt en skal se bort fra de minst likvide aktivaene ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne. Huser har i sin fremstilling avvist en slik løsning fordi det *"i og for seg er likegyldig for bokreditorene hvor likvide de forskjellige aktiver er (...)"*, og på bakgrunn av retts tekniske hensyn.<sup>34</sup>

Som det fremgår under redegjørelsen for Teamcon-dommen, tar førstvoterende avstand fra Husers påstand om at det er reduksjonen i en eventuell fremtidig dividende som begrunner omstøtelse etter § 5-5. Jeg vil gå nærmere inn på denne problemstillingen under punkt 6.3. For nå er det tilstrekkelig å påpeke at i en vurdering av om et aktivum bidrar til skyldnerens betalingsevne, vil det kunne ha stor betydning hvor likvid det er. Ofte vil en kunne oppnå ny likviditet ved å pantsette ikke-likvide aktiva. Men det vil ikke alltid være tilfelle, hvilket

---

<sup>33</sup> Se eksempelvis Walin og Palmér: Konkurslagen, s. 271 og dansk lovkommentar: [www.thomson.no](http://www.thomson.no)

<sup>34</sup> Huser s. 317

situasjonen i kredittmarkedet pr. november 2008 viser med all tydelighet. Skyldnerens frie aktiva vil derfor ikke nødvendigvis være en god indikator på hans evne til å betale for seg.

Rettsteknisk sett er det utvilsomt en ulempe å måtte gå inn på en vurdering av om et aktivum er tilstrekkelig likvid til å inngå i skyldnerens betalingsevne. En mulig mellomløsning kunne imidlertid være å definere hvilke kategorier aktiva som medregnes og ikke, uten å åpne for en nærmere vurdering i de konkrete tilfellene. I så fall må en nok operere med en noe høyere prosentsats enn det som normalt legges til grunn ved anvendelsen av prosentteorien.

#### 4.5 Lagmannsrettenes bruk av "likviditet" som kriterium

Det er i punkt 2.5 redegjort for hva lagmannsretten har vektlagt ved vurderingen av ulike skyldneres betalingsevne i dommene som er avsagt etter Teamcon-dommen i 1999. I en rekke av dommene siteres forarbeidene og/eller uttalelsene fra Teamcon-dommen om at det er skyldnerens likviditet som er det sentrale. Likevel faller dommerne veldig ofte tilbake på prosentteorien i den konkrete vurderingen, men da gjerne som en komponent i en "helhetsvurdering".

Det som karakteriserer samtlige av dommene, er at skyldnernes økonomi har vært generelt dårlig. Bare i én av dommene kan spørsmålet om betalingsevnen har blitt betydelig forringet sies å ha vært tvilsom. Det gjelder LB 2001-2709. Her hadde byretten kommet til at skyldnerens betalingsevne *ikke* var betydelig forringet ettersom betalingen utgjorde bare 13,5 % av frie aktiva. Lagmannsretten kom derimot til motsatt resultat basert på likviditetsbetraktninger, ettersom skyldneren rent faktisk hadde blitt betalingsudyktig ved betalingen. Dette tjener som en illustrasjon på at skyldnerens frie aktiva ikke nødvendigvis er noen god indikator på hans betalingsevne.

Også i LH-1999-871 er likviditet et sentralt vurderingstema. Her baserer lagmannsretten sin avgjørelse på en helhetsvurdering av konkursdebitors økonomiske situasjon på

betalingstidspunktet. Herunder nevnes det at det ble gitt en midlertidig forhøyelse av kassakreditten fordi den likviditetsmessige situasjonen var prekær. Fordi forhøyelsen bare var midlertidig, velger retten å se bort fra den og heller legge til grunn den opprinnelige, prekære likviditetssituasjonen.

I de øvrige dommene inngår den likviditetsmessige situasjonen enten eksplisitt eller implisitt i en "helhetsvurdering" av skyldnerens økonomi/betalingsevne, eller den nevnes ikke i det hele tatt fordi lagmannsretten legger prosentteorien til grunn.

Det at likviditet spiller en så vidt liten rolle i vurderingene i lagmannsretten, kan nok delvis forklares ut fra den faktiske situasjonen i de tilfellene som har vært oppe til vurdering. Generelt er økonomien skakkjørt, det er få verdier å hente og den likviditetsmessige situasjonen er dårlig. Bortsett fra det ene tilfellet som er nevnt over, har ingen av sakene vært tvilstilfeller. Resultatet ville med andre ord blitt det samme uavhengig av om en bygger på likviditet eller frie aktiva.

#### 4.6 Oppsummering

Fordi begrepene betalingsevne og likviditet langt på vei er synonyme, bidrar ikke forarbeidenes anvisning om å se hen til skyldnerens likviditet til noen egentlig avklaring av begrepet. Selv om det logisk sett er mulig å legge skyldnerens likviditet til grunn for vurderingen av betalingsevnen, er det en utfordring å utforme en praktisk regel basert på dette kriteriet. En mulighet er å bare ta de mest likvide midlene med i betraktning, men også dette vil kunne lede til avgrensingsproblemer. Det kan derfor stilles spørsmål ved om et slikt kriterium imøtekommer behovet for retts teknisk enkle kriterier for når en betaling kan omstøtes.

I gitte situasjoner vil det kunne ha selvstendig betydning å se hen til skyldnerens omsetning, men i de typiske konkurssituasjonene vil omsetningen være av liten betydning for betalingsevnen.

Lagmannsrettspraksis gir enkelte eksempler på at den likviditetsmessige situasjonen har vært et sentralt vurderingstema, men inneholder også eksempler på at det ikke har vært et tema overhodet. Vurderingen av skyldnerens betalingsevne har imidlertid sjelden vært et tvilsspørsmål slik at det er begrenset med veiledning å hente også i lagmannsrettspraksis.

## **5 Nærmere om Teamcon-dommen som rettskilde**

### **5.1 Innledning**

I en gjennomgang av rettstilstanden vil Teamcon dommen naturligvis være sentral ettersom den er avsagt av Høyesterett og direkte omhandler innholdet i begrepet "betalingsevne". Det er imidlertid flere forhold ved dommen som gjør at en ikke kan dedusere en klar regel eller fremgangsmåte for prosessen med å fastlegge en skyldners betalingsevne ut fra den. Det skyldes for det første at den faktiske situasjonen i dommen var heller utypisk for de tilfeller der denne regelen kommer til anvendelse. Det er dessuten uklart hvorvidt førstvoterendes votum egentlig sa noe mer enn det som allerede fulgte av bestemmelsens ordlyd og forarbeider, og det er også usikkert hvorvidt det ble tatt avstand fra prosentteorien. Domspremissene bidro således ikke til noen umiddelbar avklaring rundt begrepet.

Jeg vil i det følgende først redegjøre for de forhold ved den faktiske situasjonen i Teamcon-dommen som gjør at den skiller seg fra "typiske konkurssituasjoner". Videre vil jeg analysere førstvoterendes rettsanvendelse i dommen. I punkt 5.3 vurderer jeg det overordnede perspektivet Høyesterett inntar ved anvendelsen av dekningsloven § 5-5. Noe av bakgrunnen for dette er en artikkel i Jussens Venner h.4 (1999) der Kristian Huser kritiserer Høyesteretts rettsanvendelse. Analysen tjener også som en drøftelse av verdien av å ta "positive virkninger" ved betalingen i betraktning ved vurderingen av dens innvirkning

på betalingsevnen. Til slutt i punkt 5.4 vil jeg gå nærmere inn på Høyesteretts uttalelser omkring tolkingen av § 5-5, og da spesielt hva som ligger i begrepet "betalingsevne". Dette blir på et vis en kunstig todeling ettersom begrepet "betalingsevne" står sentralt også i redegjørelsen under punkt 3.3.1. Hensynet til lesbarhet tilsier likevel en oppdeling.

## 5.2 Momenter som gjør den faktiske situasjonen i Teamcon-dommen spesiell

### 5.2.1 Teamcon drev en lite kapitalkrevende virksomhet

I den konkrete bedømmelsen av Teamcon-saken viser Høyesterett blant annet til at den virksomhet som Teamcon drev *"etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende."*<sup>35</sup> Teamcon drev med salg av ingeniørjenester til oljeindustrien og var med andre ord et typisk konsulentfirma. Et firma som driver med salg av tjenester skiller seg fra tradisjonelle produksjonsbedrifter idet de ikke har varelager, og de vil normalt ha begrensede anleggsmidler. Et konsulentfirma, eller et hvilket som helst firma som selger tjenester, vil derfor gjerne ha mindre aktiva/kapital enn produksjonsbedrifter. Det innebærer i sin tur at en bedømmelse av betalingsevnen som baserer seg på "fri aktiva" vil kunne slå skjevt ut for denne typen bedrifter fordi virksomheten har lite kapital i forhold til omsetningen.

Det forhold at Teamcon drev en lite kapitalkrevende virksomhet kan imidlertid vanskelig karakteriseres som direkte utypisk. I løpet av de siste 20 år har antallet bedrifter som driver med salg av tjenester økt betraktelig, og de fleste av disse vil typisk være lite kapitalkrevende.

---

<sup>35</sup> s. 69

### 5.2.2 Tidsaspektet

Betalingen som kreves omstøtt i Teamcon dommen ble foretatt omlag et år før konkursåpningen. Årsaken til at en betaling som lå så langt tilbake i tid kunne kreves omstøtt var at kreditor og debitor ble ansett som ”nærstående”, og at det derfor gjaldt en utvidet frist for omstøtelse. Teamcon var fortsatt i full drift på dette tidspunktet, og fortsatte å betale forpliktelsene sine ved forfall også etter betalingen.

I de typiske tilfelle for anvendelse av dekningsloven § 5-5, har imidlertid betalingen skjedd i en periode på tre måneder før konkursåpningen. Det vanlige da er at skyldnerens økonomiske situasjon er svært anstrengt, at de fleste aktiva er pantsatt (og overbeheftet) og at omsetningen er vesentlig redusert. I de typiske tilfellene vil det derfor ikke være noen innkommende kontantstrøm å ta hensyn til, eller denne vil være såpass redusert i forhold til normalsituasjonen at en større betaling likevel vil føre til en reduksjon i betalingsevnen.

### 5.2.3 Betalingen skjedde som ledd i refinansiering

Et siste moment som gjør at den faktiske situasjonen i Teamcon-dommen skiller seg fra "normale konkurssituasjoner" er at betalingen i realiteten bare var en ombytning av gjeld. Betalingen skjedde som ledd i en refinansieringssituasjon, og den reelle reduksjonen i betalingsevne besto derfor i at det ble stilt sikkerhet for den nye gjelden.

Det mest typiske ved omstøtelse av betalinger er nok at betalingen har skjedd med likvide midler som allerede fantes i foretaket. At betalingen bare er en ombytning av gjeld er imidlertid heller ikke direkte uvanlig. I denne sammenheng er det verd å påpeke at Høyesterett i Rt. 1995 s. 222 slo fast at også betaling som har skjedd ved at det trekkes på negativ kassakreditt kan omstøtes. Det at betalingen bare var en ombytning av gjeld og at kreditorfellesskapet således ikke har lidt noe tap, utelukker altså ikke omstøtelse.

### 5.3 Oppsummering

Som nevnt innledningsvis bidrar alle disse momentene til at Teamcon-dommen ikke kan legges til grunn som prejudikat i flertallet av situasjoner der spørsmålet om omstøtelse etter § 5-5 kommer opp. Det er ikke dermed sagt at dommen er uten verdi som rettskilde. Den konkrete rettsanvendelsen må analyseres for å fastslå hvorvidt den kan passe også i andre tilfeller – og i så fall hvilke.

### 5.4 Det overordnede perspektivet for rettsanvendelsen

Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på det overordnede perspektivet Høyesterett har antatt, nemlig å "sammenligne den økonomiske situasjonen for Teamcon før og etter betalingen". Huser har kritisert Høyesterett for ikke å ta utgangspunkt i selve beløpet, og jeg vil sammenligne Husers perspektiv/utgangspunkt med det som er anlagt av Høyesterett i dommen.

#### 5.4.1 Høyesteretts utgangspunkt vs. Husers utgangspunkt

En faktor som kompliserte rettsanvendelsen i Teamcon-dommen noe, var som nevnt at betalingen i realiteten bare var en refinansiering av allerede eksisterende gjeld. Det ble imidlertid stilt sikkerhet til den nye kreditoren, slik at disposisjonen førte til en kraftig reduksjon i frie aktiva uten egentlig å påvirke den likviditetsmessige situasjonen i nevneverdig grad.

Høyesterett uttaler i denne forbindelse at *"en sikkerhetsstillelse etter omstendighetene vil kunne påvirke en skyldners betalingsevne. Ved likviditetsbehov vil muligheten for å stille sikkerhet i frie aktiva kunne være avgjørende. Tidligere sikkerhetsstillelser vil kunne begrense dette og derigjennom betalingsevnen."* Senere uttales det også at *"I det hele tatt er*



*det vanskelig å se at den sikkerhet som ble stilt overfor Sparebanken Møre har hatt særlig betydning for betalingsevnen til Teamcon."*

Det skapes her nærmest et inntrykk av at det er sikkerhetsstillelsen som skal omstøtes, ikke betalingen. Hvis en leser hele dommen i sammenheng ser en imidlertid at Høyesterett uttaler at vurderingen av Teamcons betalingsevne må baseres på en sammenligning av den økonomiske situasjonen før og nå. Drøftelsen av sikkerhetsstillelsens betydning inngår som komponent i denne sammenligningen. Dessuten er de positive virkninger ved refinansieringen trukket frem i denne forbindelse, da som et argument for at omstøtelseskravet ikke kunne føre frem.

Huser hevder i sin artikkel "Omstøtelse av ekstraordinær betaling – Kommentar til Rt. 1999 s. 64"<sup>36</sup> at Teamcon-dommen bærer preg av at førstvoterende *"strever noe med å formulere sin begrunnelse, og da særlig med å forankre sitt resultat i loven."* Han mener at den beste løsningen ville vært *"å ta som utgangspunkt at en betaling av den størrelsesorden som det her er tale om, i seg selv utvilsomt er så stor at den forringet debtors betalingsevne."* Han gjentar så hovedpoenget fra "Gjeldsforhandling og konkurs: Omstøtelse" om at en bør legge *"avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet."* Videre viser han til at omstøtelse likevel kunne vært unngått enten ved å si at betalingen likevel fremsto som ordinær, eller at primær dekningshensikt manglet.

Jeg forstår de siterte uttalelsene fra Huser dit hen at han mener Høyesteretts fremgangsmåte som beskrevet over er uheldig, og at den er motivert av behovet for å komme til en rimelig løsning.<sup>37</sup> Om så er tilfelle, vil det bidra til å svekke rettskildeverdien av Teamcon-dommen. Det er derfor nødvendig å undersøke hvorvidt Høyesteretts fremgangsmåte har andre gode grunner for seg enn at den leder til det ønskede resultat i det konkrete tilfellet, og om det å ta utgangspunkt kun i selve betalingen er en bedre løsning samlet sett.

---

<sup>36</sup> Jussens Venner h. 4 (1999)

<sup>37</sup> Uttalelsen relaterer seg også til den del av Høyesteretts rettsanvendelse som vil bli omtalt under punkt 5.5

#### 5.4.2 To alternative perspektiver

Om en tar utgangspunkt i selve betalingen og går analytisk til verks var situasjonen denne: Teamcon pantsatte store deler av sine frie aktiva for å få tilgang til likvide midler, nærmere bestemt 1,7 millioner. Så ble denne summen brukt for å innfri eldre, usikret gjeld. Det er den sistnevnte disposisjonen det er tale om å omstøte, altså selve betalingen. Denne reduserte Teamcons frie aktiva med 1,7 millioner i likvide midler.

Om en anlegger dette perspektivet og så anvender prosentteorien, er det åpenbart at Teamcons betalingsevne ble betydelig forringet ved betalingen. Også om en legger til grunn at det er skyldnerens likviditet som er det sentrale, slik Høyesterett uttaler i domspremissene, er det også nærliggende å legge til grunn at en tapping av likvide midler i denne størrelsesorden har ført til en forringelse av skyldnerens betalingsevne. Det gjelder i alle fall hvis en ser utelukkende på likviditetssituasjonen på betalingstidspunktet og ikke tar hensyn til at den var unormalt god ettersom Teamcon hadde frigjort likviditet nettopp med den aktuelle betalingen for øye.

Så er spørsmålet: Er det relevant å ta hensyn til omstendighetene rundt betalingen?

Høyesterett mener åpenbart det når de i stedet for å gå analytisk til verks som beskrevet over tar utgangspunkt i en sammenligning av Teamcons økonomiske situasjon før og etter betalingen. Ut fra et slikt perspektiv blir bildet dette: Betalingen skjer som et ledd i en refinansiering. Refinansieringen innebærer en reduksjon av frie aktiva fordi det blir stilt sikkerhet for den nye gjelden, men medfører samtidig fordeler i form av lavere rente, avdragsfrihet og generell forskyvning av avdrag. Betalingen har altså både positive og negative konsekvenser for den samlede økonomiske situasjonen.

Høyesterett går så inn på en konkret vurdering av de omtalte konsekvenser og deres betydning for Teamcons betalingsevne. I denne sammenheng kommer selve betalingen litt i

bakgrunnen, og en kan derfor få inntrykk av at det er sikkerhetsstillelsen som eventuelt skal omstøtes.

#### 5.4.3 Ordlydsfortolkning

En fremgangsmåte som forholder seg kun til betalingen og dens innvirkning på skyldnerens betalingsevne har støtte i bestemmelsens ordlyd. Her er det tale om "*betaling med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne.*" Det sentrale i denne forbindelse er med andre ord **beløpet** og **betalingsevnen**. Det å se hen til de samlede virkninger av refinansieringen vil i og for seg være å gå utenfor det ordlyden gir anvisning på.

På den annen side kan det hevdes at ved ikke å ta alle omstendigheter i betraktning kan en heller ikke få et realistisk bilde av skyldnerens betalingsevne og betalingens innvirkning på denne. Dette fordrer jo selvsagt at en ikke automatisk legger til grunn at betalingsevnen tilsvarende verdien av de frie aktiva slik Huser mener. Bestemmelsens ordlyd åpner med andre ord for begge perspektivene.

#### 5.4.4 Betydningen av å kunne ta også positive konsekvenser i betraktning

Selv om en legger Husers perspektiv til grunn og fokuserer på selve beløpet, vil betydningen av sikkerhetsstillelsen likevel komme inn ved vurderingen av om det foreligger en betydelig forringelse av betalingsevnen. For uansett hvordan en snur og vender på det, kommer en ikke rundt det faktum at det er sikkerhetsstillelsen som har hatt negative økonomiske konsekvenser. Om refinansieringen hadde skjedd uten at det hadde blitt stilt sikkerhet for den nye gjelden ville debtors økonomiske situasjon vært nøyaktig den samme etter betalingen. I en slik situasjon ville det ikke med rimelighet kunne hevdes at betalingen medførte en forringelse av betalingsevnen.

Refinansieringssituasjonen skiller seg i så måte fra det som var tilfellet i Rt. 1995 s. 222 (Direkte reklame). Også her var situasjonen altså at betalingen i realiteten var en ombytning av gjeld fordi den var skjedd ved trekk på allerede negativ kassakreditt. Høyesterett kom til at betalingen kunne omstøtes selv om den ikke hadde ført til tap for de øvrige kreditorene i en fremtidig konkurssituasjon. En kassakreditt har imidlertid store fellestrekk med likvide midler og kan anvendes etter skyldnerens forgodtbefinnende. Et trekk på kassakreditten innebærer at det er mindre kreditt igjen til å dekke andre krav, og medfører dermed en reduksjon i betalingsevnen. I Teamcon-dommen var derimot situasjonen at beløpet som ble betalt aldri hadde inngått i Teamcons ordinære betalingsevne. Når betalingen likevel medførte en forringelse av betalingsevnen, var det fordi sikkerhetsstillelsen hadde redusert muligheten for å oppnå ytterligere kreditt, og dermed likviditet, i fremtiden.

Dersom en uansett er nødt til å ta betydningen av sikkerhetsstillelsen i betraktning, innebærer Husers forslag i realiteten at det kun er de negative virkningene ved refinansieringen som tas i betraktning, ikke de positive.<sup>38</sup> Det å ta utgangspunkt i en sammenligning av skyldnerens økonomiske situasjon før og etter betalingen har altså den fordel at eventuelle positive konsekvenser også kommer i betraktning. I Teamcon-dommen var dette med på å sikre et rimelig resultat, og dommen er neppe noe enestående tilfelle i så måte. Et eksempel fra rettspraksis kan illustrere dette:

I RG 1993-433, som også omhandler omstøtelse etter dette alternativet i dekningsloven § 5-5, uttaler lagmannsretten at den foretar "*en samlet bedømmelse på grunnlag av alle poster i det økonomiske mellomværendet mellom partene.*" Det skyldes at kreditor var både kunde og råvareleverandør i forhold til debitor, slik at det gikk en strøm av penger og varer begge veier. Det vil si at når kreditor mottok penger og varer fra debitor innebar dette for så vidt en svekkelse av debitors betalingsevne, men samtidig ble betalingsevnen styrket av råvareleveranser og betalinger andre veien.

---

<sup>38</sup> I sin artikkel foreslår Huser en alternativ rettsanvendelse for Teamcon-dommen som tar høyde for de positive virkningene av refinansieringen. Det er imidlertid ikke gitt at disse alternative rettsgrunnlagene er anvendelige i alle situasjoner der en betaling har både negative og positive konsekvenser for skyldnerens økonomiske situasjon.

I denne sammenhengen ble de positive virkningene brukt som begrunnelse for en kraftig begrensning av hvilke betalinger det kunne være tale om å omstøte. Saken gir imidlertid et praktisk eksempel på at en betaling kan medføre positive og negative konsekvenser for en skyldners betalingsevne.

Også praksis fra dansk Høysterett gir eksempler på at betalingens positive virkninger har vært ansett relevante i vurderingen av skyldnerens betalingsevne. I U2007.761H ble omstøtelseskravet avvist fordi betalingen skjedde som ledd i en rekke disposisjoner som samlet sett var til gagn for selskapets kreditorer. Lagmannsretten hadde kommet til motsatt resultat på bakgrunn av de åpenbare betalingsvansker selskapet hadde hatt den senere tid. I U1992.852H avviser Høysteret omstøtelseskravet fordi betalingen var ledd i en ordning der kreditor stilte midler (i form av fordringer) til rådighet for debitor mot at innbetalingene som debitor oppnådde ved videresalg av fordringene i sin helhet gikk til kreditor. Det var ordningen som helhet som hadde vært årsaken til at selskapet hadde fortsatt inntjening overhodet, og derfor så Høysteret forbi det faktum at alle inntekter selskapet hadde gikk til en enkelt kreditor.

Selv om dansk Høysteretspraksis ikke har særlig rettskildemessig vekt ved praktiseringen av den norske bestemmelsen, illustrerer disse dommene at det av og til kan være rimelig å ta i betraktning mer enn bare selve beløpet ved vurderingen av om betalingen har ført til en svekkelse av betalingsevnen

Det er imidlertid verd å understreke at det sentrale i denne sammenhengen ikke er den konkrete fremgangsmåten, i dette tilfellet en "sammenligning av skylderens økonomiske situasjon før og etter betalingen". Det prinsipielle rettskildemessige poenget er at Høysterett ser hen til betalingens samlede konsekvenser i stedet for å fokusere kun på beløpet som ble betalt.

I mange tilfeller vil nok slike situasjoner fanges opp av tilleggsvilkåret i dekningsloven § 5-5 om at betalingen ikke må fremstå som ordinær, eventuelt kravet om primær

dekningshensikt. Men det er ikke gitt at alle vil det, spesielt ikke betalinger som er ledd i ordninger designet på bakgrunn av en anstrengt økonomisk situasjon hos debitor. Det å ta alle konsekvenser av betalingen i betraktning slik Høyesterett gjør i Teamcon-dommen, kan derfor være med på å sikre mer rimelige løsninger enn om en forholder seg strengt til beløpet jevnført med verdien av frie aktiva.

#### 5.4.5 Rettstekniske hensyn

Et av Husers hovedargumenter for kun å ta utgangspunkt i beløpet jevnført med skyldnerens frie aktiva, er at det gir en rettsteknisk enkel regel og at dette er viktig av hensyn til det praktiske rettsliv.<sup>39</sup> Rettstekniske hensyn er utvilsomt tungtveiende, blant annet fordi regelen ofte er i bruk i praksis, og da som regel av bostyrere. Spørsmålet blir derfor hvorvidt Høyesteretts fremgangsmåte i Teamcon-dommen leder til en unødig komplisert regel.

For domstolene tror jeg ikke det vil medføre en unødig komplisering å si at en legger til grunn en sammenligning av skyldnerens økonomiske situasjon før og etter betalingen. Tvert imot tror jeg domstolene uansett vil finne måter å ta i betraktning eventuelle positive konsekvenser av betalingen nettopp av rimelighetshensyn. Det vil derfor være av mindre betydning om slike momenter tas i betraktning allerede under vurderingen av skyldnerens betalingsevne eller i en vurdering av ordinærreservasjonen og primær dekningshensikt.<sup>40</sup>

Det er tenkelig at domstolene skiller seg fra andre rettsanvendere på dette punkt. Mange bostyrere vil nok ønske seg et klarere avgrenset kriterium enn "ta utgangspunkt i en

---

<sup>39</sup> Artikkel s. 216, bok s. 308 - 310

<sup>40</sup> Høyesterett går relativt langt i å anse slike forhold relevante ved vurderingen av ordinærreservasjonen, se eksempelvis HR-2008-1590-A (Rema 1000) Her uttaler Høyesterett at det må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen, og vektlegger blant annet at disposisjonen hadde en rasjonell funksjon.

sammenligning av den økonomiske situasjonen før og etter betalingen." Det å åpne for å ta i betraktning også positive virkninger av betalingen kan dessuten bidra til å svekke regelens funksjon som en objektiv regel med relativt snevert bevisstema.

I denne forbindelse er det imidlertid verd å ha i mente at i flertallet av tilfeller der omstøtelse etter denne regelen er aktuelt, vil betalingen ikke ha andre konsekvenser enn en reduksjon i likvide midler. I de aller fleste tilfeller vil det derfor være tilstrekkelig å jevnføre beløpet med skyldnerens betalingsevne, da enten representert ved verdien av hans frie aktiva eller beregnet på annen måte.

Avslutningsvis er det verd å nevne at i flere av lagmannsrettsdommene som har kommet i etterkant av Teamcon-dommen har lagmannsretten uttalt at den tar utgangspunkt i en sammenligning av skyldnerens økonomiske situasjon før og etter betalingen.<sup>41</sup> Ikke i noen av disse medfører dette noe annet enn en gjennomgang av skyldnerens økonomiske situasjon for å danne en oppfatning av hvordan "betalingsevnen" var på betalingstidspunktet. I den konkrete vurderingen ender lagmannsretten dessuten med å vektlegge betalingens størrelse sammenholdt med verdien av de frie aktiva. Det synes med andre ord som om formuleringen gir et praktisk og håndgripelig utgangspunkt for vurderingen av skyldnerens betalingsevne. Husers prosentteori er sentral i den konkrete vurderingen, men det er åpent for at også andre faktorer kan spille inn.

## 5.5 Tolkningen av § 5-5 og begrepet "betalingsevne"

I sin gjennomgang av rettstilstanden rundt dekningsloven § 5-5 viser førstvoterende til at i juridisk teori, representert ved Huser og Andenæs, *"er innholdet i bestemmelsen utlagt slik at det siktes til reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder."* Videre uttaler hun at *"Med sikte på vår problemstilling (..) peker jeg på at bestemmelsen er utformet annerledes enn dekningsloven § 5-9, hvor det blant annet er spørsmål om en disposisjon "unndrar*

---

<sup>41</sup> LB 2001-2709, LB 2005-118889

*skyldneren eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne" (...). Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne – likviditet - som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs.*"<sup>42</sup>

Det er relativt klart at førstvoterende her tar avstand fra det syn som ligger til grunn for Husers prosentteori, nemlig at en omstøtelse etter dette alternativet bør begrunnes i en eventuell fremtidig dividendereduksjon. Det understøttes av uttalelsenes generelle form. Men fordi førstvoterende innleder med ordene: *"Med sikte på vår problemstilling"*, er det likevel noe uklart hvilken rekkevidde førstvoterende har ment å tillegge de påfølgende uttalelsene.

Hvordan en begrunner adgangen til omstøtelse etter det aktuelle alternativet i § 5-5 er et prinsipielt spørsmål som bare delvis er knyttet til hvordan en rent praktisk avgjør spørsmålet om omstøtelse. Det er derfor mulig å være uenig i Husers begrunnelse for prosentteorien uten samtidig å avvise den som praktisk løsning. Det er nærliggende å tro at Høyesterett ville formulert seg enda tydeligere dersom hensikten var å signalisere at prosentteorien er å anse som uanvendelig.

Slik saken lå an i Teamcon-dommen, ville en anvendelse av prosentteorien ført til at betalingen ble omstøtt ettersom betalingen tilsvarte en betydelig andel av skyldnerens frie aktiva. Dette var et resultat Høyesterett ikke ønsket, og de siterte uttalelsene bør leses i lys av Høyesteretts behov for å komme til en rimelig løsning i det konkrete tilfellet. Det er derfor ikke nærliggende å tro at førstvoterende har ment å forkaste prosentteorien som sådan.

Det at førstvoterende påpeker at det er *"skyldnerens betalingsevne – likviditet - som er det sentrale"* sier i bunn og grunn ikke noe mer enn det som allerede følger av bestemmelsens ordlyd og forarbeider. I den konkrete rettsanvendelsen påpeker Høyesterett at fordi

---

<sup>42</sup> Første avsnitt s. 69



Teamcon hadde god likviditet og betalte sine forpliktelser ved forfall helt frem til konkursen, kan det vanskelig sies at sikkerhetsstillelsen (og dermed betalingen) har hatt særlig betydning for betalingsevnen.

Også dette kan forstås som en avstandtagen fra en fremgangsmåte som vektlegger beløpets størrelse jevnført med skyldnerens frie aktiva. Jeg tror imidlertid ikke at det har vært Høyesteretts hensikt. Jeg forstår domspremissene dit hen at Teamcons likviditetsmessige situasjon anføres som et argument for ikke å vektlegge reduksjonen i frie aktiva i den konkrete situasjonen. Det utelukkes ikke at denne reduksjonen potensielt sett kan ha innvirkning på betalingsevnen, men det er Teamcons likviditet som er det primære parameter på evnen til å betale. Det må i og for seg sies å være i godt samsvar med en naturlig språklig forståelse av begrepet.

Dersom en forestiller seg en lignende situasjon, men med den forskjell at refinansieringen ikke har medført noen positive konsekvenser, er det tenkelig at Høyesterett ville kommet til motsatt resultat til tross for at Teamcon også etter betalingen var likvid. Forarbeidene fastslår uttrykkelig at insolvens ikke er et vilkår for omstøtelse etter § 5-5. Et slikt utfall vil kunne fremstå som et paradoks på bakgrunn av Høyesteretts egen argumentasjon i Teamcon-dommen. Her er som nevnt et av førstvoterendes hovedargumenter at sikkerhetsstillelsen ikke har hatt særlig betydning for betalingsevnen til Teamcon siden selskapet betalte sine forpliktelser ved forfall frem til konkursen.<sup>43</sup>

Muligheten for slike tilsynelatende paradoksale situasjoner er noe av bakgrunnen for at Huser argumenterer for at likviditetsanalyser ikke kan være avgjørende ved vurderingen av en skyldners betalingsevne. Mer om dette i punkt 6.1 under.

---

<sup>43</sup> Høyesteretts argumentasjon på dette punktet holder likevel vann ettersom Høyesterett også uttaler at Teamcon har "god likviditet" – en vurdering som er mer løsrevet fra evnen til å dekke krav ved forfall, jf. drøftelsen under punkt 4.

## 5.6 Oppsummering

Selv om jeg i for seg er enig i at Teamcon-dommen kunne vært løst på bakgrunn av en av de to alternative rettsanvendelsene som Huser skisserer i sin artikkel, er jeg ikke enig i at det perspektivet Høyesterett anlegger på betalingen er direkte uheldig. Det problemstillingen koker ned til er spørsmålet om det er relevant å ta i betraktning eventuelle positive konsekvenser som betalingen medfører for skyldnerens økonomiske situasjon. Dette ønsker Huser å trekke inn under en ordinær-vurdering eller en vurdering av primær dekningshensikt, mens Høyesterett i dette tilfellet velger å ta det i betraktning allerede ved vurderingen om betalingen har forringet skyldnerens betalingsevne. Selv om dette ved første øyekast kan virke forvirrende fordi drøftelsen konsentrerer seg om noe annet enn selve beløpet som ble betalt, mener jeg rettsanvendelsen er vel forankret i dekningsloven § 5-5. Det som imidlertid taler mot et perspektiv som åpner for at også andre virkninger av betalingen tas i betraktning, er behovet for klare og rettsteknisk enkle kriterier.

Førstvoterende tar i domspremissene avstand fra påstandene i teorien om at det er en reduksjon i skyldnerens beslagbare formuesgoder som kan og bør begrunne omstøtelse etter dekningsloven § 5-5. I denne forbindelse uttaler hun at det er skyldnerens likviditet som er det sentrale. Dette bør neppe forstås som en total avskrivelse av prosentteorien som praktisk fremgangsmåte, men heller ses i lys av behovet for å komme til en rimelig løsning i det konkrete tilfellet. Høyesteretts rettsanvendelse viser imidlertid at likviditet anses som det primære parameter på en skyldners betalingsevne, slik at god likviditet kan utelukke omstøtelse i tilfeller der anvendelse av prosentteorien ville ført til motsatt resultat.

## 6 Nærmere om den rettskildemessige dekning for Husers prosentteori

Selv om rettspraksis ikke har vist noen entydige tendenser omkring tolkingen av § 5-5, har Husers prosentteori langt på vei blitt ansett for å representere gjeldende rett frem til avsigelsen av Teamcon-dommen. Også etter Teamcon-dommen har prosentteorien vært mye i bruk i ting- og lagmannsrettene, men det uttrykkes i dag større tvil om hva som er gjeldende rett.<sup>44</sup>

Selv om en ikke kan dedusere noen regel eller fremgangsmåte fra Teamcon dommen, har den likevel en viktig funksjon i det at den påpeker svakheter ved Husers prosentteori. Husers teori tar nemlig ikke fullt ut høyde for situasjoner der skyldneren fortsatt er i drift og det fortsatt er en innkommende kontantstrøm i bedriften. Videre vil den ofte passe dårlig på alle de foretak som driver en lite kapitalkrevende virksomhet siden "frie aktiva" da ikke nødvendigvis gir et realistisk bilde av den økonomiske situasjonen i foretaket. Teorien åpner heller ikke for å ta hensyn til eventuelle positive konsekvenser betalingen måtte ha for skyldnerens økonomi.

Som det fremgår over i punkt 2.4.1 er Husers konklusjon om at en bør basere vurderingen av skyldnerens betalingsevne på forholdet mellom beløpet og skyldnerens frie aktiva basert på en argumentasjonsrekke som konkluderer med at en vurdering ut fra likviditetsanalyser ikke er logisk holdbar. Huser hevder i denne forbindelse at omstøtelse etter dette alternativet i § 5-5 derfor må begrunnes i den fremtidige dividendereduksjon betalingen medfører, og skyldnerens frie aktiva blir derfor en relevant målestokk.

Med hensyn til påstanden om at det er den fremtidige dividendereduksjonen som bør begrunne omstøtelse etter dette alternativet, har det allerede vært nevnt i punkt 5 at Høyesterett i Teamcon-dommen tok avstand fra dette synspunktet. Jeg kommer tilbake til

---

<sup>44</sup> Se eksempelvis LB-2005-118889: *"Som det fremgår over, kan en ikke foreta en klar avgrensning av begrepet "betalingsevne"."*

dette i punkt 6.3 der de prinsipielle betenkelighetene ved prosentteorien drøftes. Først vil jeg imidlertid knytte noen kommentarer til Husers argumenter mot å legge skyldnerens likviditetsmessige situasjon til grunn.

## 6.1 Noen kommentarer til det teoretiske rammeverket for prosentteorien

Det er to ting å innvende mot Husers konklusjon om at en vurdering ut fra likviditetsanalyser ikke er logisk holdbar. Det første gjelder sannsynligheten for situasjoner der skyldneren var likvid og suffisient på betalingstidspunktet. Det andre gjelder forståelsen av begrepene "betalingsevne" og "likviditet".

### 6.1.1 Sannsynligheten for at skyldneren var solvent på betalingstidspunktet

At en skyldner *"fortsatt var utvilsomt solvent da betalingen skjedde"* nevnes i § 5-5 annet ledd som et vilkår for å slippe omstøtelse av betaling til "nærstående" i et utvidet tidsrom forut for betalingen. Ettersom det ikke åpnes for at omstøtelse kan unngås på dette grunnlag i bestemmelsens første ledd, kan omstøtelse etter dette alternativet forutsetningsvis skje også hvis skyldneren var "utvilsomt solvent" på betalingstidspunktet.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved hvor praktisk det er å tenke seg at en konkursskyldner faktisk var likvid tre måneder eller mindre før konkursåpningen. Spørsmålet om en skyldner er likvid avgjøres på bakgrunn av et likviditetsbudsjett der forventede inntekter holdes opp mot forventede utgifter i overskuelig fremtid.<sup>45</sup> Illikviditet inntreffer altså ikke i det øyeblikk det forfaller et krav som det ikke finnes dekning for, men i det øyeblikk det blir klart at skyldnerens utgifter på sikt overstiger de likvide midler han har tilgang på i samme tidsrom.

---

<sup>45</sup> Andenæs s. 13

En situasjon der skyldneren var likvid på betalingstidspunktet er altså bare aktuell dersom illikviditeten som leder til insolvens er et resultat av at det har dukket opp uventede krav eller det har skjedd en uventet svikt i inntektene. Det kan eksempelvis være erstatningskrav, kontraktsbruddskrav, eller uventet betalingsmislighold fra kunder. Situasjonen kan dessuten tenkes å oppstå i forhold til betalinger som kreves omstøtt etter tredje ledd fordi de har skjedd til skyldnerens ektefelle eller andre nærstående. Slike betalinger kan omstøtes hvis de har skjedd inntil et år før konkursen, og det er ikke mulig å forhindre omstøtelsen ved å påvise at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent på betalingstidspunktet. I et slikt tidsperspektiv vil det være vanskeligere å forutsi den likviditetsmessige situasjonen, og det kan følgelig bli aktuelt å omstøte disposisjoner som fant sted mens skyldneren fortsatt var likvid.

Sett under ett vil likevel situasjoner der skyldneren var likvid på betalingstidspunktet tilhøre sjeldenhetene. En kan derfor sette spørsmålsteget ved hvorvidt muligheten for at dette kan skje er tilstrekkelig begrunnelse for å avfeie lovgivers anvisning på en vurdering basert på "omsetning og vanlig likviditet".

#### 6.1.2 Husers forståelse av begrepene "betalingsevne" og "likviditet".

Dersom skyldneren faktisk var likvid da betalingen fant sted, er spørsmålet om en må gi Huser rett i at det ikke er naturlig å si at betalingen kan ha forringet skyldnerens betalingsevne. Dette vil igjen naturligvis bero på hva en legger i begrepet "betalingsevne", hvilket jo er kjernespørsmålet i denne avhandlingen.

Som redegjort for i punkt 4.3, bygger Huser etter alt å dømme på en annen forståelse av begrepet "likviditet" enn det lovgiver har gjort i forarbeidene. Konklusjonen ble her at det ikke egentlig er noe rent logisk i veien for å basere vurderingen av skyldnerens betalingsevne på likviditetsanalyser. Det fordrer imidlertid at en legger til grunn en forståelse av begrepet likviditet som ikke bygger direkte på evnen til å dekke den faktisk foreliggende gjeld.

## 6.2 Prosentteorien som praktisk regel i "normalsituasjoner"

Det er etter dette klart at Husers prosentteori ikke kan begrunnes med at en vurdering basert på likviditetsanalyser ikke er logisk holdbar. Det er ikke dermed sagt at den bør forkastes. Blant annet har rettspraksis fra både før og etter Teamcon-dommen vist at domstolene gjerne tar prosentteorien i bruk. I punkt 5 konkluderte jeg dessuten med at Høyesteretts avstandtagen fra den prinsipielle begrunnelsen for prosentteorien neppe var å anse som en fullstendig avskrivelse av dens praktiske anvendelighet.

Det har tidligere vært påpekt at den faktiske situasjonen i Teamcon-dommen i flere henseender skiller seg fra det som er typisk for konkursbo. Kort oppsummert lå det utypiske i at den omstridte betalingen hadde skjedd nesten et år før konkursåpningen, og at Teamcon var en lite kapitalkrevende virksomhet og at betalingen skjedde som ledd i en refinansiering. Her viste det seg at prosentteorien ledet til et resultat Høyesterett ikke ønsket, og Høyesterett tok heller utgangspunkt i Teamcons likviditet. I en mer "typisk" konkurssituasjon vil det imidlertid ofte være både praktisk og hensiktsmessig å legge prosentteorien til grunn, hvilket også praksis fra lagmannsretten viser. Nærmere om dette i det følgende:

I tiden før en konkurs vil de fleste aktiva normalt være pantsatt. På et gitt tidspunkt kan derfor en betaling utgjøre en stor andel av skyldnerens "frie aktiva", men dersom den er en av mange betalinger som dekkes av en jevn kontantstrøm inn, vil det ikke alltid være naturlig å si at den førte til en svekkelse av betalingsevnen. Dette gjelder særlig når bedriften fortsatt er i drift slik at det kontinuerlig skapes nye inntekter, og det gjelder spesielt bedrifter som driver med salg av tjenester siden omsetningen da ikke avspeiles i et varelager.

"Normalsituasjonen" ved konkurs vil imidlertid være at det er ikke lenger noen jevn kontantstrøm inn i selskapet. Omsetningen er gjerne svekket eller stanset og de likvide

midlene redusert. Dersom det ikke kontinuerlig skapes nye inntekter, vil innkommende kontantstrøm avspeiles direkte i fordringsmassen. Med mindre denne er pantsatt, vil omsetningen således inngå i frie aktiva og dermed medregnes i betalingsevnen etter prosentteoriens ordning.

I slike tilfeller vil en vurdering av betalingsevnen basert på skyldnerens frie aktiva normalt gi en lempeligere vurdering enn om en bare skulle basere seg på skyldnerens likviditet. Med mindre alle aktiva er pantsatt, vil også poster som drifts- og anleggsmidler telle med i beregningen, selv om de ikke normalt bidrar til skyldnerens likviditet -betalingsevne- i snever forstand. Men selv ikke sett ut fra et likviditetsperspektiv er det nødvendigvis feil å ta med også drifts- og anleggsmidler; dersom de ikke allerede er beheftet med pant, vil de ofte representerer en mulighet for å få tilgang til ny likviditet gjennom salg eller pantsettelse.

### 6.3 Prinsipielle betenkeligheter ved å legge prosentteorien til grunn

Det å basere vurderingen på skyldnerens frie aktiva reiser imidlertid vanskelige prinsipielle spørsmål. Fordi Huser opprinnelig bygget på en forutsetning om at det var reduksjonen i fremtidig dividende som begrunnet omstøtelse etter denne regelen,<sup>46</sup> var det uproblematisk å legge "frie aktiva" til grunn for vurderingen. Men etter at Høyesterett i Teamcondommen<sup>47</sup> tok avstand fra en slik betraktningssmåte, kan den ikke anses å være holdbar etter gjeldende rett.

---

<sup>46</sup> I sin artikkel i Jussens Venner sier Huser seg enig i Høyesteretts konklusjon på dette punktet, og fremholder at det er forfordelingen av kreditorene som begrunner regelen. Det har sannsynligvis sin bakgrunn i at Rt. 1995 s. 222 slo fast at det ikke gjelder noe tapsrekvisitt ved anvendelsen av denne regelen. I boka fra 1992 er imidlertid prosentteorien basert på en forutsetning om at omstøtelse etter denne regelen er begrunnet i fremtidig dividendereduksjon.

<sup>47</sup> OG Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame)

Omstøtelse av betaling med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne er begrunnet i den potensielle forfordeling av kreditorer som en ekstraordinær gjeldsbetaling medfører. Det omstøtelige ligger med andre ord i at en kreditor "urettmessig" oppnår dekning for sitt krav på ordinært vis og i prosessen reduserer de øvrige kreditorers muligheter for det samme. Dersom prosentteorien skal legges til grunn i dag, må det derfor være ut fra en tankegang om at frie aktiva utgjør en god indikator på skyldnerens betalingsevne.

I mange tilfeller vil dette være korrekt. Det skyldes for det første at i de typiske tilfellene vil de fleste eiendelene allerede være pantsatt slik at "frie aktiva" i hovedsak utgjøres av likvide midler. Dessuten vil eiendeler kunne selges eller pantsettes og på den måten innbringe likvide midler.

Det er imidlertid her de vanskelige prinsipielle spørsmålene dukker opp. Et eventuelt salg av eiendeler vil gjerne innebære at forutsetningen for videre drift forsvinner. Dersom en, som Huser, legger til grunn at det er reduksjonen i fremtidig dividende som gjør disposisjonen omstøtelig, er det nærliggende å ta verdier som kan realiseres ved salg med i beregningsgrunnlaget. Ut fra en normal, språklig forståelse er det imidlertid ikke naturlig å regne en eventuell salgsverdi med til en skyldners ordinære betalingsevne.

Når det gjelder eiendeler som kan innbringe likviditet ved pantsettelse, er det viktig å huske at muligheten for å oppnå kreditt varierer med situasjonen i finansmarkedet. Det kan derfor tenkes at en debitor har relativt store verdier som ikke er pantsatt, men at de i realiteten ikke bidrar til hans betalingsevne fordi det ikke lar seg gjøre å oppnå ny kreditt likevel. Det er av den grunn problematisk å regne potensiell kreditt med til debtors betalingsevne.

Et annet ankepunkt mot prosentteorien er at det kan slå feil ut å kategorisk se bort fra pantsatte aktiva. I punkt 4.2 er det nevnt at varelager og fordringer kan bidra til skyldnerens betalingsevne selv om de er pantsatt dersom de genererer en stadig innkommende kontantstrøm. Vurderingen av skyldnerens betalingsevne vil riktignok skje i etterkant slik



at det er mulig å se hvorvidt dette har vært tilfelle. Men hvis en legger til grunn Husers syn om at "omsetning" ikke er et relevant moment ved fastsettelsen av en skyldners betalingsevne, bør en i det minste ta høyde for den potensielle likviditeten som ligger i fordringer og varelager, også når disse er pantsatt.

Det å sette likhetstegn mellom frie aktiva og betalingsevne vil med andre ord bare være treffende i enkelte tilfeller, mens det i andre vil innebære en konstruksjon som harmonerer dårlig med bestemmelsens ordlyd og prinsipielle begrunnelse.

#### 6.4 Rettstekniske hensyn taler for prosentteorien

Rettstekniske hensyn er alltid viktige i forhold til regler som ofte anvendes i praksis, men tillegges gjerne særlig stor vekt innenfor pant- og dekningsrett. Rettstekniske hensyn har tidligere vært trukket inn en rekke steder i avhandlingen, og det har også vært nevnt at prosentteorien er den fremgangsmåten som i størst grad gir klare og enkle retningslinjer for fastsettelsen av en skyldners betalingsevne.

En klar fordel ved prosentteorien er at forringelsen av skyldnerens betalingsevne gjøres til en kvantifiserbar størrelse, hvilket medfører en forenkling av kriteriene for når en forringelsen er "betydelig". Problemene ved prosentteorien knytter seg imidlertid til hva som skal utgjøre bergningsgrunnlaget for utregning av prosenten. Det å ta utgangspunkt bare i frie aktiva er utvilsomt den enkleste løsningen, og har således retts tekniske hensyn på sin side. Spørsmålet er hvor tungt hensynet til retts teknisk enkle løsninger skal veie sammenlignet med de øvrige hensyn og rettskilder.

#### 6.5 Oppsummering

Prosentteorien gir en retts teknisk enkel regel som vil lede til et fornuftig resultat i flertallet av tilfeller der spørsmålet kommer opp. En kan imidlertid ikke se helt bort fra de

situasjonene der regelen *ikke* passer. At disse tilfellene har vært lite representert i rettspraksis behøver ikke nødvendigvis innebære at de er veldig sjeldne, det kan også bety at bostyrere ikke krever omstøtelse i slike tilfeller fordi det ikke faller naturlig å si at betalingsevnen er betydelig forringet.

Det knytter seg dessuten prinsipielle betenkeligheter til å sette likhetstegn mellom betalingsevne og frie aktiva ettersom det vil være situasjonsbetinget hvorvidt drifts- og anleggsmidler kan innbringe ytterligere likviditet. Pantsatte fordringer og varelager kan dessuten bidra til betalingsevnen dersom de genererer inntekter i tiden mellom betalingen og konkursåpningen.

## **7 Tilbake til start: ordlyden som rettskilde**

### **7.1 Ny fremgangsmåte i lagmannsrettspraksis?**

Det ble i punkt 2.2 sagt litt om hva som kunne utledes fra ordlyden i begrepet betalingsevne. Konklusjonen der var at den naturlige språklige forståelsen tilsa at en skyldners betalingsevne utgjøres av de likvide midlene han har tilgjengelig. Senere i drøftelsen har det likevel blitt påpekt at også frie, men ikke likvide, aktiva potensielt sett kan bidra til betalingsevnen fordi de kan selges eller pantsettes og dermed frigi ny likviditet.

I de siste lagmannsrettsdommene kan en se en tendens til å ta utgangspunkt i begrepet ”betalingsevne” og så vurdere nærmere hvilke av skyldnerens aktiva som kan og bør medregnes.<sup>48</sup> Dette kan være en hensiktsmessig fremgangsmåte. En skyldners

---

<sup>48</sup> LB 2004-13673, LB 2005-118889, LB 2006-163808

betalingsevne kan ofte være sammenfallende med "frie aktiva" – men noen ganger ikke. Som dommene viser vil det ofte være nødvendig å nedregulere verdien av f. eks fordringer, og det er ikke nødvendigvis gitt at driftsmidler bør medregnes.<sup>49</sup> Huser argumenterer for at en bør gjøre denne vurderingen så enkel som mulig, og ikke gå inn på en vurdering av om de enkelte aktiva er tilstrekkelig likvide til å medregnes. Dette er et synspunkt som kan ha mye for seg. Svensk og dansk rett heller imidlertid mot å ta hensyn til at enkelte aktiva, typisk driftsmidler, er tungt omsettelige.

I de dommene der denne fremgangsmåten har vært benyttet, kunne en like gjerne sagt at en jevnførte beløpet med skyldnerens frie aktiva og oppnådd samme vurdering og samme resultat. Det har nemlig ikke vært andre faktorer som har bidratt til betalingsevnen enn det som også inngår i skyldnerens frie aktiva. Det har med andre ord ikke medført noen realitetsendring at lagmannsretten har vektlagt hvilken prosentandel betalingen utgjør av "betalingsevnen" fremfor "frie aktiva". Men fremgangsmåten har likevel den fordel at den i prinsippet åpner for å ta i betraktning også andre faktorer. Det kan eksempelvis være eventuelle positive konsekvenser som betalingen medfører, eller at de frie aktivaene som foreligger er lite likvide.

I dette perspektivet blir ikke sontringen mellom pantsatte og ikke pantsatte aktiva avgjørende. Det relevante spørsmålet blir heller i hvilken grad de ulike aktiva bidrar til skyldnerens betalingsevne. Pantsatte varelager og fordringer kan således i prinsippet tas med i beregningen jamfør det som er sagt over i punkt 6.3. Dette vil neppe ha noen selvstendig betydning utover det som vil følge av en vurdering av skyldnerens omsetning. Det kan imidlertid være et mer håndgripelig utgangspunkt for en vurdering enn det mer vage begrepet "omsetning". Dersom skyldneren på betalingstidspunktet hadde en pantsatt fordringsmasse av en viss størrelse, vil en reduksjon i fordringsmassen frem mot konkursåpningen bety at skyldneren har hatt en innkommende kontantstrøm i samme periode. Det vil igjen ha bidratt til hans betalingsevne.

---

<sup>49</sup> LB-2004-13673

Denne løsningen gir imidlertid bare anvisning på en fremgangsmåte for fastleggelsen. Den bidrar derimot ikke til noen prinsipiell avklaring av hvilke midler som skal regnes med til skyldnerens betalingsevne.

## **8 Forsøk på å samle trådene. Konklusjon.**

Formålet med denne avhandlingen er å fastslå hvordan innholdet i begrepet "betalingsevne" i dekningsloven § 5-5 skal fastlegges. Det er i kapittel 2 redegjort for rettskildene som berører problemstillingen, og i kapitlene 4-7 er det drøftet hvilke slutninger en kan trekke fra dem. Det som nå gjenstår er å samle alle delkonklusjonene som ennå ligger som løse tråder rundt i fremstillingen i en helhetlig drøftelse av hva som er gjeldende rett.

Ved første øyekast fortoner ikke spørsmålet seg spesielt komplisert. På den ene siden taler bestemmelsens ordlyd, forarbeider og en Høyesterettsdom for at en debtors betalingsevne må fastlegges ut fra en vurdering av hans likviditet og omsetning. På den andre side hevder juridisk teori, representert ved Kristian Huser, at en bør sammenholde den aktuelle betalingen med debtors frie aktiva, og at en reduksjon på 15-25 % tilsvarer en betydelig forringelse av betalingsevnen. Denne løsningen har noe støtte i underrettspraksis, og har retts tekniske fordeler. Rettskildene som taler for en likviditetsvurdering er med andre ord mer tungtveiende enn de som taler for prosentteorien.

Men som drøftelsen til nå har vist, er ikke løsningen fullt så enkel likevel. Årsaken til at tings- og langmannsrettene velger å legge prosentteorien til grunn på tross av det foreliggende rettskildebildet, er at den gir enkle og praktisk anvendelige kriterier. Til sammenligning er det høyst uklart hva som egentlig ligger i anvisningen om å legge skyldnerens "likviditet og omsetning" til grunn og hvordan en slik vurdering eventuelt skal gjøres i praksis.

## 8.1 Omsetning og vanlig likviditet

I en normal driftssituasjon hos en gjennomsnittlig debitor er det klart at betalingsevnen primært utgjøres av hans "omsetning og vanlige likviditet" slik forarbeidene fastslår. Det kan imidlertid synes som om lovgiver ikke har tatt høyde for at i det typiske konkurstilfellet vil både omsetning og likviditet være redusert i forhold til normalen for gitte skyldner. Om en skal legge til grunn en vurdering basert på forarbeidenes kriterier vil en derfor ofte måtte sammenholde beløpet med en eventuell fortidig normalsituasjon. Det kan umulig ha vært lovgivers intensjon.

På den annen side sett vil det alltid dukke opp "atypiske tilfeller" der skyldneren fortsatt har omsetning og tilnærmet "vanlig likviditet" på betalingstidspunktet. Teamcon-dommen er jo et beskrivende eksempel i så måte. Her var det mulig å basere vurderingen på forarbeidenes kriterier, og da må det også være riktig å gjøre det.

Selv om en på grunn av den faktiske situasjonen normalt ikke kan bygge på skyldnerens "omsetning og vanlige likviditet", er det selvsagt mulig å legge skyldnerens likviditetsmessige situasjon på betalingstidspunktet til grunn for vurderingen av betalingsevnen. Som nevnt i kapittel 4, er det imidlertid en del spørsmål knyttet til den praktiske utformingen av en slik regel. Konklusjonen i kapittel 4 ble at for å imøtekomme behovet for retts teknisk enkle regler, burde en i så fall definere visse kategorier eiendeler som per definisjon anses som tilstrekkelig likvide til å regnes med til betalingsevnen. I så fall nærmer en seg en løsning som i bunn og grunn bare er en revisjon av prosentteorien, hvilket jo er et argument for at den burde være praktisk anvendelig. Per i dag er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde at det de lege lata finnes noen slik regel.

## 8.2 Prosentteorien

Prosentteorien er i kapittel 6 karakterisert som en retts teknisk enkel regel som er praktisk anvendelig i flertallet av tilfeller. Samtidig påpeker jeg en del prinsipielle betenkeligheter ved å sette likhetstegn mellom betalingsevne og frie aktiva.

Heller ikke prosentteorien har imidlertid vist seg å være fullt ut anvendelig i praksis, hvilket Teamcon-dommen illustrerte med tydelighet. I drøftelsen av Teamcon-dommen som rettskilde konkluderte jeg med at det ikke var grunnlag for å hevde at Høyesterett mente å avskrive prosentteorien som praktisk fremgangsmåte, men at den anså likviditet/omsetning som den primære målestokken for betalingsevne slik at reduksjonen i frie aktiva mistet relevans i det konkrete tilfellet.

Vanligvis vil ikke det faktum at en løsning har støtte i lagmannsrettspraksis og retts tekniske hensyn være tilstrekkelig til å konstituere gjeldende rett når ordlyd, forarbeider og en høyesterettsdom trekker i motsatt retning. Det som gjør situasjonen spesiell her, er imidlertid mangelen på klare alternativer. En kan saktens argumentere for at andre løsninger har bedre støtte i rettskildene, men så lenge de ikke har vært aktuelle i praksis er det vaskelig å konkludere med at de utgjør gjeldende rett.

## 8.3 Konklusjon: gjeldende rett

På bakgrunn av de konklusjonene jeg har trukket om de enkelte rettskildene, mener jeg den mest dekkende beskrivelsen av gjeldende rett vil være følgende:

Vurderingen av en skyldners betalingsevne skal primært baseres på omsetning og/eller vanlig likviditet. Det innebærer at en vurdering av hvorvidt betalingen har påvirket normalsituasjonen med hensyn til inn- og utgående kontantstrømmer i virksomheten. Det at skyldneren fortsatt er likvid etter at betalingen er foretatt taler mot at betalingen har ført til

en vesentlig forringelse av betalingsevnen, men er ikke nødvendigvis i seg selv nok til å hindre omstøtelse dersom betalingen likevel har medført en kraftig reduksjon i likvide midler.

I praksis vil en imidlertid som regel ha behov for en supplerende målestokk<sup>50</sup> fordi de fleste konkursdebitorer ved betalingstidspunktet er i en prekær økonomisk situasjon og således allerede er utenfor den likviditetsmessige "normalsituasjonen" for virksomheten.

Per i dag legges ofte prosentteorien til grunn som supplerende eller sekundær målestokk. Etter min mening ville det harmonert bedre med bestemmelsens formål og ordlyd om en ved anvendelsen av prosentteorien bare regnet med skyldnerens omløpsmidler i stedet for å ta utgangspunkt i samtlige av skyldnerens frie aktiva.<sup>51</sup>

Ved anvendelsen av prosentteorien, enten Husers versjon eller den som omtales her, må en sannsynligvis også operere med et mulig unntak for situasjoner der den aktuelle betalingen har hatt positive konsekvenser for skyldnerens økonomiske situasjon. Jeg er litt i tvil hvor stor praktisk betydning et slikt unntak vil ha ved siden av ordinærreservasjonen og kravet om primær dekningshensikt, men i lys av domspremissene i Teamcon-dommen mener jeg det er riktig å holde denne muligheten åpen.

For praktiske formål kan en imidlertid med fordel snu om på rekkefølgen av momentene som skal vurderes. En kan i så fall si at en skyldners betalingsevne primært utgjøres av hans frie (og likvide) aktiva, og at forringelsen måles i prosent i forhold til dette grunnlaget. Det åpnes for unntak der betalingen også har medført positive konsekvenser for skyldnerens økonomi eller har hatt liten innvirkning på den likviditetsmessige "normalsituasjonen" i virksomheten. Sistnevnte unntak vil typisk skyldes at skyldneren har hatt en innkommende kontantstrøm som ikke avspeiles i hans frie (og likvide) aktiva.

---

<sup>50</sup> Dette er i overensstemmelse med det Andenæs skriver i sin fremstilling, se punkt 2.4.2 over.

<sup>51</sup> Eventuelt med en justering av prosentsatsen for hva som skal regnes som "betydelig".

## **9 Kilder**

### **9.1 Lover**

Lov av 8. Juni 194 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (Dekningsloven)

### **9.2 Forarbeider**

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

### **9.3 Rettspraksis**

Høyesterettsavgjørelser:

Rt.1995 s.222 (Direkte reklame)

Rt. 1999 s. 64 (Teamcon-dommen)

Lagmannsrettsavgjørelser:

RG-1992-463

RG-1992-498

RG-1994-614

LA-1994-885

LG-1994-1117

LB-1995-2325

LG-1996-67

LH-1999-871

LB-2001-2709



LB-2004-13673  
LB-2005-118889  
LB-2006-163808  
LG-2006-17565

Avgjørelser fra dansk Højsteret

U1987.134H  
U1990.368H  
U1992.852H  
U1993.981H  
U1996.371H  
U2001.1329H  
U2003.1955/2Ø  
U2005.154H  
U2007.761H

#### 9.4 Litteratur

- |                     |   |
|---------------------|---|
| Andenæs, Mads Henry | <i>Konkurs</i> , 1. og 2. utgave, Oslo 1993 og 1999   |
| Gisle, Jon m.fl     | <i>Jusleksikon</i> , Oslo 1999  |
| Huser, Kristian     | <i>Gjeldsforhandling og Konkurs bind 3: Omstøtelse</i> , Bergen 1992<br><i>Omstøtelse av ekstraordinær betaling – Kommentar til Rt. 1999 s. 64</i> , Jussens Venner h.4 1999 s. 212 |

Johansen, Johnny                      *Innføring av et generelt tapsvilkår vedomstøtelse. Lov og rett*  
1996 s 233-243

Walin, Gösta og  
Palmér, Eugene                      *Konkurslagen 1*, Stockholm 1989

## 9.5 Andre kilder

Norsk lovkommentar: [www.rechtsdata.no](http://www.rechtsdata.no)

Dansk lovkommentar: [www.thomson.dk](http://www.thomson.dk)

<https://www.lindorffd.com/fag/nokkeltall.html>

